

# بجاء المصنف في شرح القواعد

تأليف

المحقق الثاني

الشيخ علي بن الحسين الكركي

الوفاء سنة ٩٤٠ هـ

المطبعة الكائن في مدينة

بغداد

بمطبعة دار الكتب العلمية في بيروت



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

بجانب المصنف  
في نسخ المؤلف



مرکز تحقیقات کتب و تواتر علوم اسلامی

# جَنَائِعُ الْمُفْتَاضِلِ

فِي تَرْجُومَةِ الْقَوْلِ الْغَدِيدِ



مَرْكَزُ تَحْقِيقِ عِلْمِ رَسَدِي  
تَالِيَة

الْمُحَقَّقُ الثَّلَاثِي

الْشَيْخُ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ الْبَكْرِي

الطَوْبَى سَنَةِ ١٤٠ هـ

لِلْمَرْكَزِ الْإِسْلَامِيِّ

لِلْحَقِيقِ

مَوْقِفَاتُ الْبَيْتِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ لِأَحْيَاءِ الثَّرَاثِ

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الثانية

١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

مركز تحقيقات الكمبيوتر علوم إرسد

مؤسسة البَيْتِ لِلْإِخْيَارِ

بيروت - لبنان - ص ب ٢٤ / ٩٤ - تليفاكس ٥٦١٤٣١ - هاتف ٥٤٤٨٠٥

E-mail: alalbait@inco.com.lb



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تنبيه

النسخة المعتبرة التي اعتمدناها في تحقيقنا لكتاب القواعد  
هي غير النسخة التي اعتمدها المحقق الكركسي في شرحه  
للكتاب، وهناك اختلافات بينة لا تحقق على القارىء  
الليب



## الباب الرابع:

في باقي أقسام النكاح وفيه مقصدان:

الأول: في المنقطع، وهو سائغ في شرع الاسلام



قوله: (الباب الرابع: في باقي أقسام النكاح، وفيه مقصدان:

الأول: في المنقطع وهو سائغ في شرع الاسلام).

أجمع أهل الاسلام قاطبة على أن النكاح المنقطع وهو نكاح المتعة<sup>(١)</sup> كان مشروعاً في صدر الاسلام، واتفق أهل البيت عليهم السلام على بقاء شرعيته، وأنه لم ينسخ، واختارهم بذلك متواترة<sup>(٢)</sup>، واطبق فقهاء العامة على أنه نسخ<sup>(٣)</sup>، مع أنهم رووا في كتبهم بقاء شرعيته<sup>(٤)</sup>، وأن جمعاً من أعيان الصحابة والتابعين قائلون بشرعيته وأنه لم ينسخ منهم ابن عباس، وإنما الذي نهى عن المتعة هو عمر بن الخطاب<sup>(٥)</sup>.

(١) في نسخة «ش» وإنما سمي منقطعاً في مقابل النكاح الدائم، وإنما سمي متعة لأن الغرض منه محض التمتع وكثرة الشهوة، دون الولد واستدامة المعاش.

(٢) الكافي ٤٤٨:٥ باب المتعة، الفقيه ٢٩١:٣ باب المتعة التهذيب ٢٥٠:٧ حديث ١٠٨١ وغيرها، الاستبصار ١٤١:٣ حديث ٥٠٧ وغيرها، وانظر: الوسائل باب ١ من أبواب المتعة.

(٣) انظر: التفسير الكبير ٤٩:١٠، أحكام القرآن للقرطبي ١٣٣:٥.

(٤) صحيح مسلم ١٠٢٣:٢ حديث ١٥.

(٥) التفسير الكبير ٤٩:١٠، أحكام القرآن للقرطبي ١٣٣:٥، سنن البيهقي ٢٠٦:٧.



روى ذلك مسلم وغيره من اعيان محدثيهم<sup>(١)</sup>، ورووا أن عمر قال على المنبر: متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله حلالاً أنا احرمها واعاقب عليهما<sup>(٢)</sup> واخبارهم في ذلك كثيرة<sup>(٣)</sup>.

وأما اصحابنا رضي الله عنهم فإنهم مع اطباقهم على شرعيته قائلون باستحبابه، واخبارهم ناطقة بذلك<sup>(٤)</sup>.

روى ابن بابويه في الفقيه: أن الصناديق عليه السلام قال: «ليس منا من لم يؤمن بكرتنا ويستحل متعتنا»<sup>(٥)</sup>.

وروى عن صالح بن عتبة عن أبيه عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: للمتنع ثواب؟ قال: «إن كان يريد بذلك الله تعالى وخلاقاً على من انكرها لم يكلمها كلمة إلا كتب الله له بها حسنة، ولم يمد يده اليها إلا كتب الله تعالى له حسنة، فإذا دنا منها غفر الله تعالى له بذلك ذنباً، فإذا اغتسل غفر الله له بعد ما مر من الماء على شعره» قلت: بعدد الشعر؟ قال: «نعم بعدد الشعر»<sup>(٦)</sup>.

وقال ابو جعفر عليه السلام: «إن النبي صلى الله عليه وآله لما أسري به إلى السماء قال: لحقني جبرئيل عليه السلام فقال: يا محمد إن الله تبارك وتعالى يقول: إني قد غفرت للمتعمتين من أمتك من النساء»<sup>(٧)</sup>.

وفيه قال الصادق عليه السلام: «إني لأكره للرجل أن يموت وقد بقيت خلعة

(١) صحيح مسلم ١٠٢٣:٢ حديث ١٦ و ١٧.

(٢) سنن البيهقي ٢٠٦:٧.

(٣) سنن البيهقي ٢٠٦:٧، سند أحمد بن حنبل ٣٢٥:٣.

(٤) الكافي ٤٦٥:٥ حديث ١، الفقيه ٢٩٧:٣ حديث ١٤١٤. وانظر: الوسائل ٤٤٢:١٤ باب استحباب المتعة.

(٥) الفقيه ٢٩١:٣ حديث ١٣٨٤.

(٦) الفقيه ٢٩٥:٣ حديث ١٤٠١.

(٧) الفقيه ٢٩٥:٣ حديث ١٤٠٢.

وفيه فصلان:

**الأول: في أركانه، وهي أربعة:**

**الأول: العقد، والفاظ الايجاب كالدائم: زوجتك، وانكحتك، ومتعتك بكذا مدة كذا.**

**ولا ينعقد بالتملك، والهبة، والاجارة، والبيع، والاباحة وغيرها.**  
**والقبول: كل ما يدل على الرضى كقبلت ورضيت مطلقاً، أو مقيداً بلفظ الايجاب، أو بمعناه.**

من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم يأتها. فقلت: فهل تمتع رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: «نعم» وقرأ هذه الآية: ﴿وَإِذَا أَسْرُ النِّسَاءِ إِلَى بَعْضِ أَزْوَاجِهِ حَدِيثاً - إلى قوله - ثيبات و اہکاراً﴾<sup>(١)</sup> والأخبار في ذلك كثيرة<sup>(٢)</sup>.

**قوله: (وفيه فصلان: الأول: في أركانه وهي أربعة:**

**الأول: العقد، والفاظ الايجاب كالدائم: زوجتك، وانكحتك، ومتعتك بكذا مدة كذا، ولا ينعقد بالتملك والهبة والاجارة والبيع والاباحة وغيرها.**  
**والقبول: كل ما يدل على الرضى كقبلت ورضيت مطلقاً، أو مقيداً بلفظ الايجاب، أو بمعناه).**

**عقد المتعة كالدوام من العقود اللازمة من الطرفين، فيعتبر فيه العقد المشتل على الايجاب والقبول، الواقعين بالمربية، بنير فصل بكلام آخر بينها أو بزمان طويل عادة، بالمربية كما سبق تحقيقه في الدائم.**

**والفاظ الايجاب ثلاثة لا يجزئ غيرها عند اكثر الأصحاب: زوجت، وانكحت، ومتعت ولا خلاف في اجزاء كل منها، وإن اختلف في اجزاء متعتك في الدائم.**

(١) سورة التحريم: ٣-٥، الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٦.

(٢) الفقيه ٣: ٢٩٥ حديث ١٤٠٣، وانظر: الوسائل ١٤: ٤٤٢ باب استحباب المتعة.

ولو قدمه فقال: تزوجت، فقالت: زوجتك، صح.

والفرق أن لفظ التمتع حقيقة بنكاح المتعة، وقد يناقش في قول المصنف: (والفاظ الايجاب كالدائم)؛ لأن المشبه به اصل فيجب أن يكون اقوى، ولعله اراد بالتشبيه الانحصار في ذلك؛ لتطرق توهم الإجرء بلفظ غير الثلاثة، لأن هذا النكاح شرعاً واتفاقاً، فيناسبه زيادة التخفيف فيه على أنه لا يميز سوى هذه الألفاظ. ويستعاد من ذلك رد مقالة المرتضى: أن تحليل الأمة عقد متعة<sup>(١)</sup>، فيكون معقداً بلفظ بعت، ولا بد من التبيين من الروجة، فتقول: شئت نفسي، إن كان العاقد هو المرأة، وإلا وجب تعيينها كما سبق في الدائم سواء.

ولو كان لرجل عدة بنات فزوج أحدهن بمتعة، ثم اختلف هو والزوج في المعقود عليها، وكان الزوج قد رآهن، فهل ينسحب ما سبق في الدائم عند من يقول بالصحة؟ محصل ذلك، ولما لم يكن به من ذكر المهر هنا وكذا الأجل، صرح المصنف بقوله في صورة العقد: (بكدة مدة كد) ولم يفعل كما فعل في صورة عقد الدوام.

وأكد ما سبق بقوله: (ولا يتعقد بالتحكيم والهبة والاباحة وغيرها) مثل الصلح وغيره، سواء قصد بأحد هذه الألفاظ مدلوله الحقيقي أو تجويزه في النكاح قطعاً؛ لأن العقود اللازمة إما تنعقد بالألفاظ الصريحة في ذلك الباب دون ما سواها، مع أن الأمر في الفروج مبني على الاحتياط التام.

والفاظ القبول كل ما دل على الرضى بالايجاب كقبيلت ورضيت مطلقاً، أي خالياً من التقيد بشيء، أو مقيداً؛ إما بلفظ الايجاب مثل قبيلت التزويج اذا كان الايجاب به، أو قبيلت النكاح والايجاب بالتزويج، ولا يشترط التقيد عندنا كما سبق بيانه في الدائم.

قوله: (ولو قدمه فقال: تزوجت، فقال: زوجتك صح).

ولا بد من صيغة الماضي في الطرفين.

وقيل: لو قال: أتزوجك بكذا مدة كذا منشئاً، فقالت: زوجتك، صح.

الأصل في الإيجاب في كل عقد أن يكون مقدماً على القبول؛ لأن حقيقة الرضى بالإيجاب، فلا بد من تحققه في نفسه ليتمكن الرضى به، فلو قدم القبول في شيء من العقود اللازمة فهي اعتبار ذلك العقد قولان، أصحها عدم.

واستثنى المصنف وجماعة النكاح، يجوزوا تقديم القبول فيه تعويلاً على رواية تقدم ذكرها في أول كتاب النكاح، وهي رواية سهل الساعدي<sup>(١)</sup>. ولأن الحياء يمنع المرأة غالباً من الابتداء بالإيجاب، فإذا ابتدأ هو بالقبول متضمناً لكل ما يطلب وقوع الإيجاب عليه من مهر وأجل وغيرها خفت المؤنة عليها، فحاز التقديم لذلك، وبقي الحواز إذا عقد وكيلها أو وليها لقيامه مقامها.

وقد ادعى الشيخ الإجماع على الحوار<sup>(٢)</sup>، ولا بأس بذلك وإن كان اعتبار تقديم الإيجاب لا يخلو من قوة، لأن الأسباب بتوقيف الشارع، وقد بينا فيها سبق أن الرواية لا دلالة فيها على خلاف ذلك.

قوله: (ولا بد من صيغة الماضي في الطرفين، وقيل: لو قال: أتزوجك بكذا مدة كذا منشئاً، فقالت: زوجتك صح).

لما كان لفظ الفعل الماضي إذا وقع إنشاءً لا يحتمل معنى آخر سوى ثبوت الفعل في الحال، بخلاف لفظ الفعل المستقبل فإنه كما يحتمل الثبوت في الحال يحتمل في الاستقبال، فإن بعث مثلاً إذا وقع إنشاءً لا يحتمل إلا إيقاع البيع في الحال، بخلاف ابيع، كان لفظ الماضي صريحاً بالإضافة إلى المقصود بخلاف غيره، فلذلك تعين للإنشاء في العقود اللازمة صيغة الماضي ولم يكف بغيرها، إذ لا يعتبر فيها إلا الألفاظ

(١) صحيح مسلم ٢/ ١٠٤١ حديث ١٤٢٥، سنن أبي داود ٢/ ٢٣٦ حديث ٢١١١، سنن النسائي ٦/ ١١٣، سنن البيهقي ٧/ ٢٤٢.

(٢) المبسوط ٤: ١٩٤.

**الثاني: المتعاقدان، ويجب كونها كاملين، واسلام الزوجة، أو كونها كتابية، فيمنعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات، واسلام الزوج، وإيائه إن كانت المرأة كذلك. وتحرم الوثنية، والناصبية المعلنة بالعداوة،**

الصريحة في كل باب من الأبواب دون غيرها من الفاظ المجاز والكنيات. ولما كان التكاح موضع الاحتياط في نظم الشرع، لما عهد شرعاً من كمال عناية الشارع بالاحتياط في العرواح، كان أولى بهذا الحكم من غيره.

وقد خالف جمع من الأصحاب في ذلك، كما كتبوا بحصة المستقبل في الدوام كما سبق. وكذا في المتعة تعويلاً على رواية أبي بن ثعلب، عن أبي عبد الله عليه السلام في المتعة كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: «نقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه - إلى أن قال - فإذا قالت نعم فقد رخصت فهي امرأتك»<sup>(١)</sup> الحديث، ولأن شرعية المتعة تسهلاً على المكلفين، فيناسبها التخصيف بتكثير العبارات.

وفي الدليل ضعف؛ لمع سد الروية، وأنه يلزم منها حلو العقد عن الإيجاب، فإن نعم في جواب اتزوجك لا يكون إيجاباً، لأنه قبول، ولا شيء من العقود اللازمة كذلك، والتسهيل لا يقتضي ذلك بخصوصه ولم يصرحوا باعقاد المتعة بلفظ نعم، لكن القول الذي سبق في الدوام يطرد فيه بطريق أولى، والأصح أنه لا ينعقد بغير لفظ الماضي.

**قوله: (الثاني: المتعاقدان، ويجب كونها كاملين، واسلام الزوجة أو كونها كتابية، فيمنعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات، واسلام الزوج، وإيائه إن كانت الزوجة كذلك. وتحرم الوثنية، والناصبية المعلنة بالعداوة،**

والأمة على الحرية إلا بأذنهما، فيقف أو يبطل على خلاف.  
وبنت الأخ أو الأخت على العمة والخالة إلا مع اذنهما، فيقف أو يبطل.  
ولو فسخت الحرية أو العمة أو الخالة بطل اجماعاً.

والأمة على الحرية إلا بأذنهما، فيقف أو يبطل على خلاف، وبنت الأخ أو الأخت على العمة والخالة إلا مع اذنهما فيقف أو يبطل، ولو فسخت الحرية أو العمة أو الخالة بطل اجماعاً.  
يشترط في كل من المتعاقدين في النكاح المقطع شروط، فبدونها لا يعتد بالنكاح.

الأول: يجب كونها كائناً، بمعنى أنه لا بد من ذلك، فلو انتفى وصف الكمال عنها أو عن أحدهما لم يعتد بالعقد الواقع بينهما، بل كان باطلاً، سواء كان العاقد الزوجين أو وليهما أو وكيلهما، وينتفق الكبار بالعقل والبلوغ والحرية والرشد، وقد مر تحقيق ذلك كله مستوفياً في النكاح الدائم، فلا حاجة إلى إعادته.  
الثاني: اسلام الزوجة أو كونها كتابية، لكن هذا إنما يشترط إذا كان الزوج مسلماً، أما الكافر فإنه لا يصح من العقد على الوثنية متعة ولا دواماً وإن كان فمهاً، ولو اسلم بعد العقد فهو بحاله، وقد سبق فتوى المصنف في البحث عن أحكام الكفر بجوار المتعة بالكتابية والمجوسية ومع الدوم، وظاهر عبارته هنا يقتضي منع المتعة بالمجوسية حيث اشترط اسلام الزوجة أو كونها كتابية، وكأنه اعتمد على ما بهنه هناك فتسامح هنا.

واعلم أن المتبادر من قوله: (فيمسحها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات) وجوب ذلك عليه، مع احتمال أن يريد به الحواز، وكذا عبر معظم الأصحاب.  
وعلى كل من التقديرين اشكال أما على تقدير ارادة الوجوب؛ فلأن أهل الذمة لا يجوز تعرض اليهم فيها يعتقدون حله من المحرمات والمنكرات ما لم يتظاهروا

به، بل هم مقرون عليه، سواء في ذلك لروجة وغيرها، فكيف يجب منعها من شرب الخمر وارتكاب المحرمات.

وأما على تقدير الجواز؛ فلاه وإن حار له منعها من شرب الخمر؛ لأنه مظنة الاسكار المنقص للاستمتاع ولمفوت للعفة، من حيث أنها حينئذ لا ترد يد لاس، وكذا ما جرى مجراه من الأشياء المستفجرة، إلا أنه ليس له منعها من كل محرم؛ لما سبق.

وقد ذكر المصنف في التذكرة في أحكام نكاح الكفر: أن للروح المنع من لبسها حلد الميتة إذا كان له رائحة منتنة، وبدونها اشكال<sup>(١)</sup>.

وقد يسأل هنا عن شيء وهو: انه ما الذي يراد بالتظاهر، أهو ارتكاب الشيء علانية بحيث لا يبالي فاعله بمن يطلع عليه، أم فعله بحيث يطلع عليه ولو بعض المسلمين وإن اعتمد الفاعل استتر به وأحماه؟ والذي يلوح من كلامهم هو الأول، ولولا ذلك لم يكن للاشكال في كلام التذكرة هذا وجه.

الثالث، اسلام الزوج وإيمانه إن كانت الزوجة كذلك، أما اسلامه إذا كانت الزوجة مسلمة فبالص والاجماع، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾<sup>(٢)</sup> وأما إيمانه إذا كانت الزوجة مؤمنة فهو أصح القولين عند الأصحاب، وقد قدمنا في النكاح الدائم دليل القولين وتصحيح الأصح منها.

واعلم أن المصنف إنما جمع بين لا سلام والايان، وإن كان اشتراط الأخص يعني عن اشتراط الأعم؛ لأنه حاول التنبيه على اشتراط الاسلام إذا كانت الزوجة مسلمة، والايان إذا كانت مؤمنة، فكأنه أراد اشتراط الاسلام إذا كانت الزوجة مسلمة، واشتراط الايمان كذلك.

(١) التذكرة ٢ ٦٤٦

(٢) البقرة، ٢٢٦



الرابع كون الروحة غير وثنية، وقد علم هذا من قوله: (واسلام الزوجة أو كونها كسابية)، وكذا يشترط كونها غير ناصبة معلنة بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام، وهذا أيضاً معلوم من شترط سلامها أو كتابتها؛ لأن الناصب شر من اليهودي والصراي.

وقد روى الفصيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يتزوج المؤمن الناصبة المعروفة بذلك»<sup>(١)</sup>.

وروى فضيل عن أبي جعفر عليه السلام قال: ذكر الناصب فقال: «لا تأكلهم ولا تأكل ديارهم ولا تسكن معهم»<sup>(٢)</sup>.

واعلم أن قول المصنف: (المعلنة بالعداوة) تفسير للناصبية، فإن المراد بالناصب من يعلن بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام، وليس كل محالف ناصباً.

الخامس، كون الروحة غير أمة لمن عنده حرة، إلا أن تأدن الحرة لمثل ما سبق في التكاح الدائم، فإن بادر إلى العقد من دون ادنها ففي بطلانه من رأس أو وقوفه على الاجازة القولان المذكوران سابقاً، ولأصح هناك هو الأصح هنا.

السادس: أن لا تكون بنت الأخ ولا بنت الأخت لمن عنده العمة أو الخالة إلا بأذنهما، فإن بادر وعقد بدون الاذن ففي البطلان أو وقوفه على اجازتهما القولان السابقان، والترجيح كما سبق. ولا فرق بين كون لعمه والخالة معقوداً عليها متعة أو دوماً، وكذا الأمة لصدق الزوجية على كل تقدير.

واعلم أن في قول المصنف، (ولو فسخت الحرة أو العمة أو الخالة بطل اجماعاً) تسامحاً؛ لأن البطلان لا يترتب على الفسخ إلا عند من يقول بوقوع العقد موقوفاً دون من يرى بطلانه من رأس، وكأنه أراد أنه لو فسخت احدها كان بطلان العقد

١. نكاحي ٥ ٤٤٨ حديث ٣، التهذيب ٧ ٢٠٢ حديث ١٢٦٠، الاستبصار ٣ ١٨٣ حديث ٦٦٤

(٢) التهذيب ٧ ٣ ٢ حديث ١٢٦٤، الاستبصار ٣ ١٨٤ حديث ٦٦٨

وتكره الزانية، فيمنعها لو فعل، وليس شرطاً. وعدم استئذان الأب في البكر، والتمتع ببكر ليس لها أب، فلا يقتض لو فعل، وليس محرماً.

حيث لم يعلق.

واعلم أيضاً أنه كما يشترط ما ذكر، كذا يشترط كون الزوجة ليست إحدى المحرمات عنها أو جمعاً، ولم يتعرض المصنف إلى ذلك اكتفاء بما سبق.

قوله: (ويكره الزانية، فيمنعها لو فعل، وليس شرطاً. وعدم استئذان الأب في البكر، والتمتع ببكر ليس لها أب ولا يقتض لو فعل، وليس محرماً). قد سبق ذكر الشروط التي لها دخل في صحة العقد، والمطلوب هنا بيان ماله دخل في كماله، وبما في مباحثه.

الأول: يكره التمتع بالزانية، فإن فعل فليمنعها من الزنا وجوباً عليه من باب الحسبة، وليس شرطاً في حل المنعة.

ومنع الصدوق في المقنع من التمتع بها<sup>(١)</sup>، وقال ابن البراج: لا يعقد على فاجرة إلا إذا سمعها من الفطور<sup>(٢)</sup>. والأصح الأول.

لنا: الأصل، وقوله تعالى ﴿واحمل لكم ما وراء ذلكم﴾<sup>(٣)</sup>.

وما رواه علي بن يقطين قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: نساء أهل المدينة، قال: (فواسق)، قلت: فأتزوج منهن قال: (نعم)<sup>(٤)</sup>.

احتج المخالف بقوله تعالى: ﴿والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين﴾<sup>(٥)</sup>.

(١) المقنع ١١٣

(٢) التهذيب ٢: ٢٤١

(٣) النساء: ٢٤

(٤) التهذيب ٣: ٢٥٣ حديث ١٠٩١، الاستبصار ٣: ١٤٣ حديث ٥١٧

(٥) النور ٣

وبصحيحة محمد بن اسماعيل بن برقع عن الرضا عليه السلام، إلى أن قال:  
فإن اتهمتها قال، «لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مأمونة إن الله تعالى يقول، ﴿الزاني  
لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على  
المؤمنين﴾»<sup>(١)</sup>

وبها رواه محمد بن الفضيل قال، سألت أبا الحسن عليه السلام عن المرأة  
الحسنة الفاسدة هل يجوز للرجل أن يتمتع منها يوماً أو أكثر فقال، «إذا كانت  
مشهورة بالزنا فلا تمتع منها ولا تنكحها»<sup>(٢)</sup>، ولأنهم لا يؤمن اختلاط المياه والأنساب.  
ويلوح من كلام ابن بابويه وابن البراج أن كلاهما مستقل بقوله غير قول  
الآخر.

والجواب أن الآية لا تدل على تحريم النكاح، والمشار إليه بـ (ذلك) يحتمل  
كونه الزنا، وقد قيل، إن نكاح الزانية كان محرماً في أول الإسلام ثم سح بقوله تعالى:  
﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾<sup>(٣)</sup>

وأما الخبران فإنهما محمولان على لكرهية جمعاً بين الأخبار، على أن الأول لا  
يدل على ازيد من الكراهية؛ لأن المفهوم من قوله «لا ينبغي» هو ذلك.  
وأما اختلاط المياه والأنساب فدفعه بأن الرائي لا ماء له، ومن ثم لم يكن المنع  
من الزنا شرطاً.

الثاني: يكره التمتع بهيكلها أب مع عدم استئذانه إذا كانت بالغة رشيدة، ومنع  
الشيخ من الإفضاء إليها مع قوله بالجواز<sup>(٤)</sup>، واحتاط ابن البراج بالمنع من العقد

(١) الكافي ٥: ٤٥٤ حديث ٣، الفقيه ٢٩٢٣ حديث ١٢٨٨، التهذيب ٧: ٢٦٩ حديث ١١٥٧، الاستبصار ٢:

١٥٣ حديث ٥٦٠

(٢) الكافي ٥: ٤٥٤ حديث ٦، التهذيب ٧: ٢٥٢ حديث ٨٧-٩٠، الاستبصار ٣: ١٤٣ حديث ٥١٣

(٣) ذهب إليه سعيد بن المسيب كما في التفسير الكبير ٢٣: ١٥١

(٤) النهاية: ٤٩٠

عليها إلا بأذنه<sup>(١)</sup>.

ومنع الصدوق<sup>(٢)</sup>، وأبو الصلاح من العقد عليها بدون أذنه<sup>(٣)</sup>، والأصح الأول. لنا: أنها بالغة يجوز العقد عليها دائماً فهو موقوف؛ لأنه أحد النكاحين. ومارواه سعد بن مسلم عن رجل عن الصادق عليه السلام قال: «لا بأس بتزويج البكر إذا رصيت من غير إذن أبيها»<sup>(٤)</sup>، والتزويج صادق على المنة فيمنها، لوقوعه في سياق «لا»

احتج المانع برواية أبي مرجم عن الصادق عليه السلام قال: «إن العنراء التي لها أب لا تزوج منة إلا بإذن أبيها»<sup>(٥)</sup>.

وما رواه أبو سعيد عن الحلبي قال: سألت عن التمتع من البكر إذا كانت بين أبيها وبلا ابن أبيها فقال: «لا بأس ما لم يقتض ما هناك لتعف بذلك»<sup>(٦)</sup>.

وجوابه: إن الخبر الأول يراد به التي لم تتبع، جمعاً بينه وبين غيره من الأخبار الدالة على جواز التمتع بالبكر وإن كانت بين أبيها، أو أن المراد به الكراهية كالذي بعده.

وبدل عليه ما رواه حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يتزوج بالبكر منة قال: «يكراه للعيب على أهلها»<sup>(٧)</sup>.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه ينبغي له أن لا يقتضها، فإن ذلك مكروه جداً؛ لما

(١)، التهذيب ٢: ٢٤١

(٢) لمقتض: ١١٣

(٣)، الكافي في الفقه: ٢٩٩

(٤)، التهذيب ٧: ٢٥٤ حديث ١٠٩٥

(٥) لعمريه ٣: ٢٩٣ حديث ١٣٩٤، التهذيب ٧: ٢٥٥ حديث ١٠٩٩ لا يستبصار ٣: ١٤٥ حديث ٥٢٧

(٦)، التهذيب ٧: ٢٥٤ حديث ١٠٩٨، الاستبصار ٣: ١٤٥ حديث ٥٢٦

(٧) الفقيه ٣: ٢٩٣ حديث ١٢٩٣، التهذيب ٧: ٢٥٥ حديث ١١٠٢

### الثالث: المهر، وهو شرط في المتعة خاصة، فلو أخل به بطل العقد.

رواه أبو سعيد القمّاط عن رواه عن الصادق عليه السلام قال: «واتق موضع الفرج؛ لأن فيه عاراً عليها وعلى أهلها»<sup>(١)</sup> ولا يحرم ذلك للرواية المتقدمة، ولأنها مالكة أمرها، ومتى صح النكاح ترتب عليه أحكامه.

الثالث: يكره التمتع بهكر ليس لها أب، لأنه إذا كره مع وجود الأب بدون أدبه فمع عدمه بطريق أولى، ولما فيه من الضرر عليها بالعار، وقلة رغبة الأزواج فيها. ورواية حمص السابقة تدل على ذلك، فإن فعل لم يقتضها، لأن العيب به أشد، وليس محرماً؛ لما ذكرناه في ذات الأبد ولا يحق أن موضع الكراهية ما إذا تمتع بها سراً لاستهجان المتعة، فلا يكره بدونه لانتفاء المحذور.

واعلم أن مول المصنف (ولا يقتض لو فعل وليس محرماً) يتعلق بالمسألين معاً، واقتصاص الجارية واعتراعها؛ إزالة بكارتها.

قوله: (الثالث. المهر، وهو شرط في المتعة خاصة، فلو أخل به بطل العقد).

لما كان الغرض الأصلي من مكاح المتعة هو الاستمتاع واعتفاف النفس أشد شبهة بعقود المعاوضات، وقد وقع التنبيه على ذلك في خبر عبيد بن درارة بقول أبي عبد الله عليه السلام: «فأنتن مستأجرات»<sup>(٢)</sup>.

وفي خبر محمد بن مسلم حيث قال أبو جعفر عليه السلام: «إنا هي مستأجرة»<sup>(٣)</sup>، ولذلك كان ذكر المهر في العقد شرطاً لصحته كسائر عقود المعاوضة، فلو وقع الإخلال به عمداً أو نسياناً بطل العقد إجماعاً.

(١) التهذيب ٧ ٢٥٤ حديث ١٠٩٦

(٢) لكافي ٥ ٤٥٢ حديث ٧ التهذيب ٧ ٢٥٩ حديث ١١٢٠، الاستبصار ٣ ١٤٧ حديث ٥٣٨

(٣) لكافي ٥ ٤٥٦ حديث ٥ التهذيب ٧ ٢٥٩ حديث ١١٢١، الاستبصار ٣ ١٤٧ حديث ٥٣٩

ويشترط الملكية، والعلم بقدره كيلاً أو وزناً أو مشاهدة أو وصفاً، ولا حد له قلة وكثرة.

وفي رواية زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يكون متعة إلا بأمرين بأجل مستى وأجر مستى»<sup>(١)</sup>.

وروى اسماعيل بن الفضيل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال: «مهر معلوم إلى أهل معلوم»<sup>(٢)</sup>.

وهذا بخلاف عقد الدوام، فإنه ليس العرض منه ذلك فقط، بل الغرض الأصلي منه السيل، فكان شبهه بالمعاوضات أقل، وقد سقى الله سبحانه المهر صدقة ونحلة، فمن ثم جاز تجريد العقد عنه ولم يكن ذكره شرطاً، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (وهو شرط في المتعة خاصة).

قوله: (ويشترط الملكية، والعلم بقدره كيلاً أو وزناً أو مشاهدة أو وصفاً، ولا حد له قلة وكثرة).

هنا مألوفان

الأول: يشترط في المهر أن يكون مما يملكه المتعاقدان، فلا يصح العقد للمسلم على الخمر والخنزير، ويشترط كونه مملوكاً للعائد، فلو عقد لنفسه على مال الغير لم يصح؛ لامتناع أن يملك البضع بمال غيره، ولا أثر لرضاء المالك بعد العقد.

وكذا يشترط العلم بقدره بالكيل أو الوزن في المكيل أو الموزون، وبالمشاهدة فيها وفي غيرها، فلو عقدا على صبرة من طعام مشاهدة صح؛ لاندفاع الغرر بالمشاهدة، وليس هذا بالمعاوضات الحقيقية؛ لابتنائها على المكاسبة والمغاينة.

(١) الكافي ٥: ٤٥٥ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٢٢

(٢) التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٢٥

واختصاصها بعدم الاكتفاء بالمشاهدة في عوضها المكيل والموزون والمعدود بالنص<sup>(١)</sup> والاجماع.

والظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في ذلك، هذا إذا كان العوض حاضراً، ولو كان غائباً اعتبر وصفه بما يرفع الجهالة، فيبطل العقد بدونه للفرق

الثانية: لا تقدير للمهر قلة ولا كثرة، فيجوز العقد على كل ما يعده مالاً في العادة، كما يصح جعل ذلك عوضاً في البيع والاحارة ولا يصح العقد على ما لا يتمول عادة كحبة من حبة؛ لأن ما لا يعد مالاً يستع حقه عوضاً عما يقابل بالمال.

وروى محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام كم المهر - يعني في المتعة - قال: «ما تراضيا عليه إلى ما شاء من الأجل»<sup>(٢)</sup>.

وقال ابن بابويه: أدنى ما يجزئ في لمعة درهم فما فوقه<sup>(٣)</sup>، لصحيحة أبي بصير عن الباقر عليه السلام قال: سألت عن متعة النساء قال: «حلال فإنه يجزئ» الدرهم فما فوقه<sup>(٤)</sup>.

روى سعيد الأحمول عن الصادق عليه السلام وقد سأله أدنى ما يتزوج به المتعة قال: «كف من بر»<sup>(٥)</sup>.

ولا منافاة فيها لما سبق، أما الأولى فظاهر، إذ ليس فيها منع؛ لإجزاء ما دون الدرهم. وأما الثانية فمحمولة على أن الأدنى في العادة ذلك وإن كان الأدنى منه شرعاً جائزاً، فتكون جارية على الغالب جمعاً بينها وبين ما سبق

(١) لعمه ٢ ١٤٣ حديث ٦٢٧

(٢) التهذيب ٧ ٢٦٤ حديث ١١٤١، الاستبصار ٣ ١٤٩ حديث ٥٤٧

(٣) المقح ١١٣

(٤) لكافي ٥ ٤٥٧ حديث ٣ التهذيب ٧ ٢٦٠ حديث ١١٢٦

(٥) لكافي ٥ ٤٥٧ حديث ٢ التهذيب ٧ ٢٦٠ حديث ١١٢٥



ويجب دفعه بالعقد، فإن دخل استقر إن وقت بالمدة، وإن أخلت ببعضها وضع منه بنسبتها،

قوله: (ويجب دفعه بالعقد، فإن دخل استقر إن وقت بالمدة، وإن أخلت ببعضها وضع منه بنسبتها).

لما كان هذا النكاح لاحقاً بالمعاوضات ثبت المهر بالعقد لا بحالة، ووجب دفعه لكن مع تسليمها نفسها، إلا أن ثبوته غير مستقر؛ لأن استقرار العوض مشروط بتسليم مقابله، فإن وقت بالمدة بمعنى أنها سلمت نفسها في مجموعها فقد استقر وجوبه، فإن كانت قد تسلمته فهو حقها، وإلا وجب تسليمها إليها وجوباً ثابتاً.

وإن أخلت ببعض المدة وضع من المهر بنسبة ما أحلت به منها إلى مجموعها، لأن مقابلة أحد العوضين بالآخر يقتضي مقابلة الأجزاء بالأجزاء فإذا فات بعض أحد العوضين وجب أن يسقط مقابله من العوض الآخر.

وروى عمر بن حنظلة قال: قت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة شهراً بشيء مسخى فتأتي ببعض الشهر ولا تأتي ببعض، قال: «تجس عنها من صداقها بقدر ما احتسبت عنك إلا أيام حيضها فإنها لها»<sup>(١)</sup>، وهي نص في الباب.

وقد علم من قوله: «إلا أيام حيضها» أن الإحلال لعدم لا يسقط به شيء من الصداق، وإنما عبر بقوله: (وضع) دون أن يقول: قاصها، كعبارة النافع؛ لانتفاء المقاصة حقيقة هذا، فإن أخلاها ببعض العوض أوجب سقوط مقابله من العوض الآخر، ولا بعد ذلك مقاصة كما لا يخفى.

وينبغي أن يقرأ: (وضع) مجهولاً، لأن ذلك يسقط بنفسه لا باسقاط الزوج والضمير في قوله: (بنسبتها) تعود إلى المدة، وفيه حذف تقديره: وضع منه بنسبة ذلك البعض إلى المدة، فإن كان نصفها فنصف المدة، أو ربعها فربعه، وعلى هذا وذلك

ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه النصف.

ولو ظهر فساد العقد اما بظهور زوج، أو بكونها اخت زوجته، أو

ظاهر.

قوله: (ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه النصف).

لو وهبها المدة أو بعضها جاز قطعاً وكان ذلك ابراء؛ لأنه اسقاط لما في المدة.

فلا يفتقر الى القبول على أصح القولين كما سبق في الهبة.

ثم الهبة إما أن يكون قبل الدخول أو بعدهم فإن كان قبل الدخول وجب لها

نصف المهر وسقط النصف الآخر كما لو طلق الزوج الدائمة قبل الدخول ودليل

ذلك وراء اجماع الأصحاب أنها فرقة قبل الدخول فاشبهت الطلاق.

ولمقطوعة ساعة، قال: سألتني عن رجل تزوج حارية أو تمتع بها، ثم جعلته في

حل وقد قبضته منه «فإن خلاها قبل أن يدخل بها رقب المرأة على الزوج نصف

الصداق»<sup>(١)</sup>. وجه الدلالة أنه لو لا استحقاقها النصف لو حب أن يرد الجميع

ولو دخل ثم وهبها الجميع أو بعض، فهي سقوط شيء من المهر باعتبار ما

وهب من المدة نظر، ولم أقف للأصحاب على كلام في ذلك والذي يقتضيه صحيح النظر

وجوب الجميع؛ لاقتضاء العقد وجوبه، ولم يثبت شرعاً ما يقتضي سقوط شيء منه.

ولو وهبها البعض خاصة وانقضت المدة ولم يدخل، فهي سقوط النصف هنا

وجهان.

وتعبر الأصحاب بالسقوط لا يتناول هذه الصورة، نعم قد يقال: لفظ الرواية لا

يأبى هذه الصورة، فإنه يصدق أنه خلاها قبل الدخول، إلا أن يدعي أن المراد إبانيتها

قبل الدخول، ولا يكون ذلك إلا بهبة المدة.

قوله: (ولو ظهر فساد العقد، إما بظهور زوج، أو كونها اخت زوجته،

غيرهما، فلا مهر إن لم يدخل، ولو قبضته استعاده، وإن دخل فلها المهر إن جهلت، وإلا فلا.

وقيل تأخذ ما قبضت ولا تسلم الباقي، ويحتمل مهر المثل.

أو غيرهما فلا مهر إن لم يدخل، فإن قبضته استعاده، ولو دخل فلها المهر إن جهلت، وإلا فلا. وقيل: تأخذ ما قبضته ولا تسلم الباقي، ويحتمل مهر المثل).

إذا ظهر فساد عقد المتعة بسبب من أسباب الفساد، إما وجود مانع، أو فقد شرط.

فإذا أن يكون قد دخل بها أو لا، وعلى تقدير الدخول: إما أن تكون عالة بالفساد، أو جاهلة.

فإن لم يكن دخل بها فلا مهر؛ لبطان العقد المقتضي لبطان المسمى، فلو كانت قد قبضته استعاده، إذ لاحق لها فيه، ولو تلف في يدها ضمنته. وكذا إن دخل وهي عالة بالفساد، لأنها بني ولا مهر لبني. أما إذا دخل وهي جاهلة ففي حكمه قولان للأصحاب.

أحدهما: - احتاره الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup> - أن لها ما أخذت، ولا يرد له أن يعطيها ما بقي، ومستنده حسنة حفص بن البحتري عن الصادق عليه السلام قال: «إذا بقي عليه شيء من المهر وعلم أن لها روجاً، فما أخذته فلها بما استحل من فرجها، وبممس عنها ما بقي عنده»<sup>(٢)</sup>.

وموردها ما إذا دفع اليها شيئاً وبقي عنده شيء، فلو لم يدفع شيئاً، أو دفع الجميع، فلا دلالة فيها على حكمه وعليها اشكال، فإن المدفوع قد يكون قليلاً وقد

(١) النهاية، ٤٩١

(٢) الكافي ١٥: ٤٦٦ حديث ٢، التهذيب ٧: ٢٦١ حديث ١١٢٩

الرابع: الأجل، وذكره شرط فيه، ويشترط فيه التعيين بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، ولا يتقدر قلة وكثرة.

يكون كثيراً، فإن كانت مستحقة لشيء فلا يتفاوت استحقاقها بالدفع وعدمه، على أنها لا اسحقاق لها مع العلم بالفساد قطعاً؛ لما قلناه من أنها بقي.

وقيل باستحقاق الجميع إن كانت جاهلة، فيدفع إليها ما بقي، وعدم استحقاق شيء مع العلم فيستعاد ما أخذته. اختاره المصنف ههنا، وفي المختلف<sup>(١)</sup> والتحرير<sup>(٢)</sup> وغيره ووجهه وقوع التراضي على المستمسكي. وقد حصل الدخول واستقر به وجوبه، وبشكل بأمرين:

أ: إن مجرد التراضي غير مقتضى لتجريب، بل العقد الصحيح وهو منقضي هنا.  
ب: إن التراضي بالمستمسكي إنما وقع بالنسبة إلى مجموع المدة فكيف يجب كله في البعض.

ويحتمل أن يجب لها مهر المثل؛ لأن لوطاً لمحترم لا بد له من عوض، والمستمسكي باطل، فتعين عوض المثل، وهذا أقوى.

لكن يجب تنقيحه بأن الواجب هو مهر المثل في المتعة، فيعتبر فيه أصلها، وجهاتها، وصفات كمالها حال ما مضى من المدة التي سلمته هيها نفسها، فيجب مهر المثل لتلك المدة متعة. وعلى هذا فيمكن تنزيل الرواية على كونه المستمسكي بقدر مهر المثل والمقبوض مقدار قسط المدة الماضية منه مع جهلها بالفساد.

قوله: (الرابع: الأجل، وذكره شرط فيه، ويشترط فيه التعيين بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، ولا يتقدر قلة ولا كثرة.

(١)، المختلف: ٥٦٤

(٢)، التحرير: ٢، ٢٧

ولو أخل به بطل، وقيل ينقلب دائماً.

ولو أخل به بطل، وقيل ينقلب دائماً.

كما يشترط ذكر المهر في عقد المتعة كذا يشترط ذكر الأجل؛ نظراً إلى أن مقصود هذا النكاح هو الاستمتاع في زمان مخصوص وحديث زرارة<sup>(١)</sup> وإسحاق بن الفضل<sup>(٢)</sup> السابقان ينهان على ذلك.

ويشترط أيضاً تعيين الأجل بما لا يحتمل الريادة والنقصان، فلو جعل نهايته كقدوم الحاج، أو ادراك العلات، ونحو ذلك لم يصح للفرار ولا يتقدر قلة ولا كثرة، فيجوز اشتراط زمان قصير وطويل بحسب التراضي إذا كان معيماً مضبوطاً.

وقال ابن حمزة: وقدر لكدة من طلوع الشمس إلى نصف النهار وإلى سنين متطاولة<sup>(٣)</sup>.

فإن قصد بذلك التمثيل للقلّة والكثرة - وهو الظاهر - فهو صحيح، وإن قصد بيان الأقل فليس بجيد.

ولو أخل بذكر الأجل أصلاً ففيه أقوال.

أحدها: واختاره المصنف وهو الأصح - البطلان.

والثاني: وبه قال الشيخ<sup>(٤)</sup> - يعقد دائماً، واختاره ابن البراج<sup>(٥)</sup>، وابن حمزة، وأبو الصلاح<sup>(٦)</sup>.

(١) الكافي ٥: ٤٥٥ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٣

(٢) التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٥

(٣) ابوسيلة: ٣٦٠ (تحقيق الشيخ محمد الحسون)، علماً بأن هذا القول لم يرد في النسخة الحجرية للوسيلة المطبوعة من الجوامع الفقهية، ولا في النسخة المروية في حقيقها الأستاذ عبد العظيم اليكّاء؛ سمحوا فصل نكاح المتعة من هاتين السحتين

(٤) النهاية: ٤٨٩

(٥) لمهذب ٢: ٢٤١

(٦) الكافي في الفقه ٢٩٨

والثالث: وهو اختيار ابن ادريس<sup>(١)</sup> أنه إن كان الايجاب بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائماً، وإن كان بلفظ التمتع بطل العقد.

لنا: إن المتعة شرطها الأجل اجماعاً، ولصحيحة زرارة عن الصادق عليه السلام: «لا يكون متعة إلا بأمرين: بأجل مسمى، وأحر مسمى»<sup>(٢)</sup>، ومثلها صحيحة اسماعيل بن الفضل الهاشمي عنه عليه السلام<sup>(٣)</sup>، فإذا اخل به فقد اخل بالشرط فوجب الحكم بالبطلان، وإلا لم يكن شرطاً.

لا يقال: نقول بالموجب ولا يلزم لبطلان من رأس، لأن اللازم بطلان المتعة لفوات شرطها لا بطلان أصل العقد، فينقصد دائماً.

لأننا نقول إذا بطل كونه العقد متعة لم يزل العقد من رأس، إذ محل المراءع إنها هو إذا أراد العقد متعة واحلاً في هذه الحالة يذكر الأجل، فاللدوام حينئذ غير مقصود أصلاً، بل المقصود مناقبه.

فإذا بطل المقصود ولم يحصل غيره، لأن العقود تابعة للمقصود.

واحتج الشيخ بأن لفظ الايجاب صالح لكل منهما، وإياها يتمحض للمتعة بذكر الأجل ولللدوام بعده، فإذا انتفى الأول نبت الثاني، فإن الأصل في العقد الصحة، والفساد على خلاف الأصل.

وموثقة عبد الله بن بكير عن الصادق عليه السلام قال: «إن سمي الأهل فهو متعة وإن لم يسم الأهل فهو نكاح ثابت»<sup>(٤)</sup>.

والجواب: إن الصلاحية غير كافية بمجردھا، فإن العقد تابع لإرادة العاقد.

(١) السرائر ٢٦٦.

(٢) الكافي ٤٥٥:٥ حديث ١، التهذيب ٢٦٢:٧ حديث ١١٣٣.

(٣) التهذيب ٢٦٩:٧ حديث ١١٣٥.

(٤) النهاية ٤٥٠، الكافي ٤٥٦:٥ حديث ١، التهذيب ٢٦٢:٧ حديث ١١٣٤.

وإن عيّن المبدأ تعيّن، وإن تأخر عن العقد، وإلا اقتضى اتصاله به.

والفرض أن المقصود هو المتعة خاصة، فإذا فات شرطها بطلت، فبمقتضى الحمل على الدوام مع إرادة غيره، والأصل حجة مع عدم الناقل.

وأما الرواية فنقول بموجبها، إذ ليس فيها تصريح بأنها أرادت المتعة وأخلا بالأجل، بل مضمونها أن النكاح المعقود مع الأجل متعة وبدونه دوام، وليس في ذلك دلالة على إرادة الأجل، على أنه يمكن أن يكون المراد أنه إذا عقد ولم يذكر الأجل يعتقد دائماً بحسب الظاهر، إذ لا يقبل قوله في إرادة المتعة.

وقول ابن ادريس ضعيف، لأنه على القول بعدم صحة الدائم بلفظ المتعة يكون البطلان مع وقوع العقد بلفظ المتعة، للإحلال بالأجل، وعدم إرادة الدوام، وانتفاء صلاحية اللفظ له مع وقوعه بلفظ لسكاح والتزويج لما عدا الأخير، وذلك كاف في البطلان من رأس.

قوله: (وإن عيّن المبدأ تعيّن وإن تأخر عن العقد، وإلا اقتضى اتصاله به).

أي: إن عيّن مبدأ الأجل تعيّن لا محالة الوجوب الوفاء بالعقد، ولا فرق في ذلك بين أن يعينه متصلاً بالعقد أو متأخراً عنه.  
أما الأول فظاهر.

وأما الثاني؛ فلأنه لا مانع من تأخره، والأصل الصحة فيتمسك به. وروى بكار ابن كردم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يلقي المرأة فيقول لها: زوجيني نفسك شهراً ولا يسمي الشهر بعينه، ثم يمضي فيلقاها بعد سنين، قال: فقال: «له شهره إن كان سباً، وإن لم يكن سباً فلا سهيل له عليها»<sup>(١)</sup>. وجه الاستدلال: أن

(١) المراتب، ٣٩١

(٢) الكافي ٤٦٦: ٥ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٠، التهذيب ٧: ٢٦٧ حديث ١١٥٠



الشهر الذي سيء إننا يكون له بعد سنين إذا كان متأخراً عن العقد.  
لا يقال: أثر العقد الزوجية، فيجب أن يترتب عليه حين وقوعه، ويمتنع ذلك  
مع تأخر الأجل، فيكون مع التأخير فاسداً؛ لأن الفاسد ما لا يترتب أثره عليه.  
وأيضاً فإنه لو صح العقد كذلك لزم جواز عقد العير عليها بين العقد والأجل.  
لأننا نقول: إما يجب أن يترتب عليه أثره بحسب مقتضاه، ومع التمهين يجب أن  
يكون ثبوته كذلك، وإلا لم يكن صحيحاً.  
وأما لروم جواز العقد عليها للعير فهو وجه المانع فيه على الملازمة تارة؛ لأنها  
ذات عقل، وعلى بطلان التالي لغيره، إذ لم يتم على المانع في مثل ذلك دليل في الكتاب  
والسنة، والحواش أظهر.  
ونقل عن بعضهم القول بالمانع، وقد بينا صحته ولا يخفى أنه لو عين أجلاً  
مجهولاً يبطل العقد؛ للجهالة.

وقول الشيخ في النهاية: ومتى عقد عليها شهراً، ولم يذكر الشهر بعينه، ومضى  
عليها شهر ثم طالها بعد ذلك بها عقد عليها لم يكن له عليها سبيل، غير صريح  
في صحة العقد على شهر مجهول؛ لأن مقابل المعين المطلق ولا يلزم أن يكون مجهولاً.  
ثم إن قوله: (لم يكن له عليها سبيل) لا دلالة فيه على صحة العقد؛ لجواز أن  
يكون نفي السبيل لفساده، هذا حكم ما إذا عين الشهر.

ولو أطلقه فإنه ينصرف إلى المعجل، فيكون متصلاً بالعقد كما في الأجل في  
البيع والاجارة ونحوهما ولأن العرف جار بذلك، فإن المتفاهم في العادة هو ذلك، ولأن  
أثر العقد يجب أن يترتب عليه حين وقوعه إذا لم يكن فيه ما يمتنع ذلك.  
ولأن قوله عليه السلام في الرواية السابقة: وإن لم يكن سيء فلا سبيل له

فإن تركها حتى خرج خرجت من عقده ولها المسمى.  
ولو قال: بعض يوم، فإن عين كالزوال أو الغروب صح، وإلا فلا.  
ولو قال: مرة أو مرتين، قيّد بالزمان، ولا تجوز الزيادة، وإلا بطل.

عليها<sup>(١)</sup> إن أريد به الإطلاق كان دليلاً على ما ذكرناه، إذ لولا الحكم بالاتصال لوجب بقاؤه، إذ لا أولوية لزمان على آخر.

قوله: (فإن تركها حتى خرجت من عقده فلها المسمى).  
وجهه إن المسمى وجب بالعقد، ولم يثبت المسقط شرعاً إذ هو إما المفارقة قبل الدخول، أو امتناعها من تسليم نفسها، وكلاهما منتف.

قوله: (ولو قال: بعض يوم، فإن عين كالزوال والغروب صح، وإلا فلا ولو قال: مرة أو مرتين قيّد بالزمان، ولا تجوز الزيادة وإلا بطل).  
لأريب أنه لو ذكر في العقد أجلاً غير معين كبعض يوم، ولم يعين ذلك البعض، أو المرة أو المرتين ونحوهما غير مقيدتين بزمن معين يبطل العقد للجهاالة وقال الشيخ في النهاية: إن العقد ينقلب دائماً<sup>(٢)</sup>، وهو ضعيف جداً، لأن ذكر الأجل أخرجه عن صلاحية لدوام وقد فأت شرط المتعة بالجهاالة هو جب الحكم بالبطلان.

وليس هذا كما لو جرد العقد عن ذكر الأجل أصلاً، فإن العقد غير مشتمل على ما يمنع كونه دائماً.

وقول المصنف: (ولا تجوز الزيادة) معناه: إنه إذا عقد متعة على أن يطلأ مرة أو مرتين، وقيّد ذلك بزمان معين كالיום والشهر صح العقد ووجب الوفاء به، ولم يميز الوطء أزيد مما عين.

وقوله: (وإلا بطل) معناه: وإن لم يقيّد بالزمان بل ذكر المرة والمرتتين مجرداً ذلك

(١) الكافي ٤٦٦: ٥ حديث ٤، لقيه ٣: ٢٩٢ حديث ١٤١٠، التهذيب ٧: ٢٦٧ حديث ١١٥٠

(٢) النهاية: ٤٩٩

## الفصل الثاني: في الأحكام:

لا ولاية على البالغة الرشيدة وإن كانت بكرة على الأقوى.  
ويلزم ما يشترط في متن العقد إذا كان سائغاً، ولو قدّمه أو أخره لم يعتد به، ولا يجب اعادته بعده لو قرنه به على رأي.

عن ذكر الزمان بطل العقد من رأس.  
قوله: (الفصل الثاني: في الأحكام. لا ولاية على البالغة الرشيدة وإن كانت بكرة على الأقوى).

قد سبق ذكر الخلاف في ذلك في أحكام النكاح الدائم، وأنه قد قيل بسمع الكاحين للبكر بدون ادن ولها وإن كانت بالغة رشيدة وقيل بسمع المتعة خاصة، وإن الأصح الحوار مطلقاً مع الوصفين، ولا يتوقف على ادن الولي.

قوله: (ويلزم ما يشترط في متن العقد إذا كان سائغاً، ولو قدّمه أو أخره لم يعتد به، ولا يجب اعادته بعده لو قرنه به على رأي).

لا شك أن كل شرط من الشروط لسائغته وهي التي لا تنافي مقتضى العقد، ولم يرد في الكتاب والسنة ما يدل على المنع منه - يجوز اشتراطه؛ للأصل، ولقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>، وإنما يعتد به ويلزم الوفاء به إذا وقع بين الإيجاب والقبول، ليكون من جملة العقد، ويجري عليه كل من الإيجاب والقبول.

فلو تقدّم على العقد أو تأخر عنه لم يقع معتداً به، إذ ليس محسوباً من جملة العقد، والذي يجب الوفاء به إنما هو العقد.

وينبّه على ذلك ما رواه بكير بن أعين عن الصادق عليه السلام قال: «إذا

شرطت على المرأة شروط المتعة فرضيت بها وأوجب التزويج فأردد عليها شرطك الأول بعد النكاح، فإن اجازته جاز، وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشروط قبل النكاح»<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة إن قوله عليه السلام: «إذا شرطت على المرأة شروط المتعة» المراد به شرط ذلك قبل العقد، كما يجري بين الرجل والمرأة من الكلام قبل العقد، وكذا كل من المتعاقدين.

وقوله عليه السلام: «فأردد عليها شرطك الأول بعد النكاح» المراد به إذا حصل الشروع في العقد وجري الإيجاب.  
وقوله عليه السلام: «فإن اجازته جاز» المراد به حصول القبول منها على هذا الوجه.

وقال الشيخ في النهاية: كل شرط يشترطه الرجل على المرأة إنها يكون له تأثير بعد ذكر العقد، فإن ذكر الشروط وذكر بعدها العقد كانت الشروط التي تقدم ذكرها باطلة، فإن كررها بعد العقد ثبت على ما شرط<sup>(٢)</sup>.

حجة الشيخ حسنة عداقه بن بكير عن الصادق عليه السلام، قال: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز»<sup>(٣)</sup>.  
ويمكن أن يريد الشيخ بالنكاح الإيجاب محازاً، فلا يكون مخالفاً لما سبق، وعليه تجعل الرواية.

فرع: لو تراضيا على شيء قبل العقد، ثم عقدا ولم يذكرهما إما سياناً أو اعتقاد أن ذكره سابقاً كاف عن إعادته في العقد، ففي صحته مطلقاً تسكاً بعموم: «أو فوا

(١) الكافي ٤٥٦: ٥ حديث ٣، التهذيب ٢٦٤: ٧ حديث ١١٣٩

(٢) النهاية ٤٩٣.

(٣) الكافي ٤٥٦: ٥ حديث ١، التهذيب ٢٦٢: ٧ حديث ١١٣٤

ولو شرط الاتيان في وقت دون آخر لزمه، وكذا المرة والمرات في المعين.

ويجوز العزل وإن لم تأذن، ويلحق به الولد وإن عزل، ولو نفاه انتفى ظاهراً من غير لعان.

بالعقود<sup>(١)</sup> بطلانه لوقوعه على خلاف القصد وجهان.

قوله: (ولو شرط الاتيان في وقت دون آخر لزم).

وجهه: إن ذلك شرط لا يساوي مقتضى العقد لأنه قد يتعلق الفرض بالاستمتاع في وقت دون آخر، إما طلباً للاستتار، أو خوفاً لما سوى ذلك الوقت على باقي مطالبه.

قوله: (وكذا المرة والمرات في المعين).

أي: وكذا اشتراط الجماع مرة أو مرتين، وسواء ذلك في الوقت المعين؛ لمثل ما سبق، ولو لم يعين الوقت بل أطلق المرة والمرتين بطل للجهالة.

قوله: (ويجوز العزل وإن لم تأذن، ويلحق به الولد وإن عزل، ولو نفاه انتفى ظاهراً من غير لعان).

هنا مباحث:

أ: يجوز العزل عن المرأة في هذا النكاح وإن لم تأذن قولاً واحداً؛ لأن الفرض الأصلي منه الاستمتاع دون النسل، بخلاف الدوام وفي مقطوعة ابن أبي عمير قال: «الماء ماء الرجل يصعبه حيث شاء، إلا أنه إن جاء بولد لم ينكره» وشدد في انكار الولد<sup>(٢)</sup>.

ب: إذا أتت بولد لحق به وإن عزل؛ لأنها فراش، والولد للفراش وقد تقدم في

ولا يقع بها طلاق، بل تبين بانقضاء المدة، ولا ايلاء ولا لعان على رأي، ويقع الظهار على رأي.

مقطوعة ابن أبي عمير التصريح بذلك، وقريب منها رواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له، أرايت إن حبلت، قال: «هو ولده»<sup>(١)</sup>، وترك الاستمصال عن العزل وعدمه دليل العسوم، ولا يقدح العزل لأن الماء قد يسبق من غير شعور.

ج. لو نهي ولد المتعة انتهى ظاهراً ولم يتوقف على اللعان، بخلاف الدوام اجماعاً، ولأن فراش المستمتع بها ضيق، لأنها كالأمة في بعض الأخبار، وفي بعضها أنها مستأجرة.

ولاريب أنه لا يجوز له نفقه بمجرد العزل إذا كان لاحقاً به، لكن لو نفاء انتهى ظاهراً، فلا تجري عليه أحكام البنوة ظاهراً، وعليه فيما بينه وبين الله تعالى أن يعمل بها يعلم.

قوله: (ولا يقع بها طلاق بل تبين بانقضاء المدة، ولا ايلاء ولا لعان على رأي، ويقع الظهار على رأي).  
هنا مسائل:

الاولى: لاختلاف بين الأصحاب في أن المستمتع بها لا يقع بها طلاق، بل تبين بانقضاء المدة، أو يهتبه ايلاء، وفي رواية محمد بن اسماعيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: قلت: وتبين بغير طلاق؟ قال: «نعم»<sup>(٢)</sup>.

الثانية: لا يقع بها ايلاء على أقوى الوجهين؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وإن عزموا الطلاق﴾<sup>(٣)</sup>، وليس في المتعة طلاق، ولأن من لوازم الايلاء المطالبة بالوطء

(١) الكافي ٤٦٤:٥ حديث ١، التهذيب ٣٦٩:٧ حديث ١١٥٤، الاستبصار ١٥٢:٣ حديث ٥٥٧.

(٢) الكافي ٤٥٩:٥ حديث ٢، التهذيب ٣٦٦:٧ حديث ١١٤٧، الاستبصار ١٥١:٣ حديث ٥٥٣.

(٣) البقرة: ٢٢٧.

وذلك في المتعة مستف، وبانتفاء اللارم يستفي الماروم.  
 ويحتمل ضعيفاً الوقوع، وهو قول المرتضى<sup>(١)</sup>، لعموم لفظ النساء في قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾<sup>(٢)</sup>، ودفع العموم بقوله تعالى: ﴿وَأَنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾<sup>(٣)</sup> فإن عود الضمير إلى بعض العام يحصد.

الثالثة: لا يقع بها لعان لنفي الولد، ولا للقذف. أما الأول فظاهر؛ لأن الولد يستفي بمجرد نفيه قطعاً، ولا خلاف فيه، إنها لخلاف في وقوع اللعان للقذف.

فقال الأكثر كالشيخ<sup>(٤)</sup> «رواين الحميد وأبي الصلاح<sup>(٥)</sup> والمحقق<sup>(٦)</sup> . والمصنف: لا يقع؛ لصحيفة ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «لا ملاعن الحر الأمة، ولا الذمية، ولا التي يمتنع بها»<sup>(٧)</sup>.

ومثله رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام<sup>(٨)</sup>، ومتى ثبت الحكم في الحر فالعبد كذلك؛ لعدم القاتل بالعرق.

وقال المفيد في الغريرة، والمرتضى بالوقوع<sup>(٩)</sup>؛ لأنها روجة قطعاً، للعلم بأنها ليست ملك يمين، وحل الوطء منحصر فيها وكل روجة يقع بها اللعان لعموم قوله

(١) نفيه عنه فخر المحققين في الإيضاح ١٣١: ٣

(٢) بقرة ٢٢٦

(٣) البقرة: ٢٢٧

(٤) لنهاية: ٥٢٣

(٥) الكافي في الفقه ٢٩٨

(٦) سرائع الإسلام ٣٠٧٢

(٧) الفقيه ٣٤٧: ٣ حديث ١٦٦٧، تهذيب ١٨٨٨ حديث ٦٥٣، الاستبصار ٣٧٣٣ حديث ١٣٣٢

(٨) قرب الإسناد ٣٢

(٩) الاستبصار ١١٥



تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾<sup>(١)</sup>، فإن الجمع المضاف للعموم.  
وجوابه: إن ذلك في الدائم؛ لأن الكتاب يُخصّ بالسنة، وقد سبق ذكر  
المخصص، والأصح عدم الوقوع

الرابعة: اختلفوا في وقوع الظهار بها، فقال الصدوق<sup>(٢)</sup>، وابن ادريس:  
لا يقع<sup>(٣)</sup>؛ لأصالة بقاء الحل، ولأن المظاهر يلزم بالمنة أو الطلاق، ولا طلاق في المنعة،  
والإلزام بالمنة وحدها بعيد، وإقامة شبهة لمدة مقام الطلاق مما لا ينتقل الفهم إليه، على  
أن المستمتع [بها] لا حق لها في الوطء فيكف نفق معها المرافعة.

ويؤيده رسالة ابن فضال عن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون الظهار إلا  
على مثل موقع الطلاق»<sup>(٤)</sup>، وللمبادر الماثلة في جميع الأحكام.

وقال الحسن والمفيد والمرتضى وأكثر الأصحاب: يقع<sup>(٥)</sup>؛ لعموم الآية، فإن  
المستمتع بها زوجة كما قدمناه، ولا محصص في الكتاب ولا في السنة، والإلزام بأحد  
الأمرين على ما وردت به السنة لا يقتضي التخصيص، ولم لا يجوز أن يكون ذلك  
خاصاً بالدائم، وكذا المرافعة، ويكون أثر الظهار في المستمتع بها وجوب اعتزال  
فراشها كما في المملوكة، والرواية ضعيفة بالارسال، مع انتفاء دلالتها فإن الماثلة  
لا تقتضي العموم، والأصح الوقوع.

(١) النور ٦

(٢) الهداية، ٧٦

(٣) السرائر، ٣٦٢

(٤) الكافي ٦: ١٥٤ حديث ٥، الفقيه ٣: ٢٤٠ حديث ٦٣٩، نهديب ٨: ١٣ حديث ٤٤ الاستبصار ٣: ٢٦٦  
حديث ٩٣٥.

(٥) المختلف ٥٩٩، الانتصار ١١٥، الكافي في لفقه ٢٩٨، ألف (الموسم المعهدة): ٥٤٩

ولا توارث بين الزوجين به، شرطاً سقوط التوارث أو لا، ولو شرطاه  
فالأقوى بطلان الشرط.

قوله: (ولا توارث بين الزوجين به، شرطاً سقوط التوارث أو لا، ولو  
شرطاه فالأقوى بطلان الشرط).

للأصحاب أقول في ثبوت التوارث في نكاح المتعة:

أحدها: عدم التوارث من الجانبين، فلا ترث منه ولا يرث منها، سواء شرطاً في  
العقد التوارث أو عدمه أو لم يشترط شيئاً منهما صرح بذلك أبو الصلاح<sup>(١)</sup>، وابن  
ادريس<sup>(٢)</sup>، والمصنف، وجماعة<sup>(٣)</sup>، وهو الأصح؛ تمسكاً بأصالة عدمه، فإن الارث حكم  
شرعي فيتوقف ثبوته على توطيق الشارع.

ولما روى سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل  
يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث قال «ليس بينهما ميراث» اشترطاً أو لم  
يشترطاً<sup>(٤)</sup>، وهي نص في الباب.

وقريب منها رواية جميل بن صالح، عن عبد الله بن عمر، قال. سألت أبا  
عبد الله عليه السلام عن المتعة، قال. «حلال من الله ورسوله» قلت: فما حدها؟ قال:  
«من حدودها ألا ترثك ولا ترثها»<sup>(٥)</sup>.

وجه الاستدلال بها أنه عليه السلام نفى التوارث من الجانبين وجعله من حدود  
المتعة ومقتضياتها، فوجب أن لا يثبت بها توارث مطلقاً. أما مع عدم الاشتراط أو مع  
اشتراط العدم فواضح، وأما مع اشتراط الارث؛ فلأنه شرط ينافي مقتضى العقد على

(١) الكافي في العقد ٢٩٨.

(٢) السرائر، ٣١٢.

(٣) مهم، المحقق في الشرائع ٣٠٧٢، وابن رهره في نسية (المواضع المفنية)، ٥٤٩.

(٤) تهذيب ٣٦٥٧ حديث ١١٤١، الاستبصار ٤ ١٥٠ حديث ٥٤٨.

(٥) تهذيب ٣٦٥٧ حديث ١١٤٣، الاستبصار ٣ ١٥٠ حديث ٥٤٩.

ما دل عليه الحديث، فوجب أن يكون باطلاً.

الثاني: القول بالارث كالدائم حتى لو شرط سقوطه بطل الشرط، ولا يعتبر هذا القول إلا مع انتفاء موانع الارث في السب كالرق والقتل، فيكون المقتضى للارث هو مطلق العقد، أي الماهية لا بشرط شيء حتى لو شرط فيه عدم الارث بطل الشرط كالدائم.

وهذا القول موقوف عن ابن البرج<sup>(١)</sup>، ووجهه إنها زوجة قطعاً، فيدرج في آية توارث<sup>(٢)</sup> الزوجين عملاً بعمومها.

ويضعف بثبوت المخصص، لأن الاختيار أنفي لا سبيل إلى ردها واردة بعدم التوارث في المعقة، وأن المستمنح بها كالأمة، وأنها مستأجرة، فكيف يكون العموم متمسكاً.

الثالث: القول بالارث إذا لم يشترط سقوطه، فيكون المقتضى للارث هو العقد بشرط لا شيء، ولو شرطاً ثبوته عند هذا العاقل لكن اشتراطاً لما يقتضيه العقد.

وهو اختيار المرتضى . وابن أبي عقيل<sup>(٣)</sup>، ووجهه عموم الآية<sup>(٤)</sup>، فإن اشترطاً عدمه سقط؛ لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٥)</sup>، ولقول الباقر عليه السلام في موثقة محمد بن مسلم في المثنعين: «أما يتوارثان إذا لم يشترطاه، وإنما الشرط بعد النكاح»<sup>(٦)</sup>.

واجاب الشيخ عن هذا: بأن المراد به اشتراط الأجل، أي إذا لم يشترطاً

(١) التهذيب ٢٤٣٢

(٢) النساء: ١٢

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٦٩.

(٤) النساء: ١٢.

(٥) التهذيب ٣٧٦٧ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣٣٦٣ حديث ٨٣٥

(٦) الكافي ٤٦٥:٥ حديث ١، التهذيب ٢٦٥٧ حديث ١١١٤، الاستبصار ١٥٠٣ حديث ٥٥٠

الأجل توارثاً<sup>(١)</sup>. وهذا وإن كان خلاف لظاهر، إلا أن الجميع بينه وبين ما تقدم لا يكون إلا بالخروج عن الظاهر. وأما الاستدلال بعموم الآية فقد بينا ما فيه.

الرابع: القول بأن أصل العقد لا يقتضي التوارث بل اشتراطه، فلو اشترط ثبت تبعاً للشرط، لعموم قوله عليه السلام، «المؤمنون عند شروطهم»، ولحسنه البزنطي عن الرضا عليه السلام في المتعة «إن اشترطت الميراث كان، وإن لم تشترط لم يكن»<sup>(٢)</sup>. ولصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام «فإن اشترطت الميراث فإنها على شرطها»<sup>(٣)</sup>.

ومرّع على هذا لو شرطاً لأحدهما وأعمالاً الآخر، فيمكن ثبوته من الجانبين تقليباً من أحدهما، ولو شرطاً لأحدهما ونعياناً عن الآخر فالاشكال مع احتمال بطلان شرط الارث.

ويحتمل صحته وثبوت الارث لها، فيبطل اشتراط معيه عن الآخر، والتفات الوجهين إلى أن الزوجية متى اقتضت الارث وانتفت مواضع الارث المحصورة وجب أن يكون من الجانبين، وإلا انتفى من الجانبين.

ولاريب في ضعف هذا القول؛ لأن ما ليس بسبب شرعاً لا يمكن حمله سبباً بالاشتراط، والأصح اشتراط الارث بالبيع ونحوه.

ويمكن تنزيل الروايتين بالحمل على ارادة الوصية باشتراط الارث في عقد المتعة، فيكون كالارث لا ارثاً حقيقياً.

واعلم أن قول المصنف: (ولا توارث بين الزوجين به شرطاً سقوط التوارث أو لا) يتضمن رد كل من القولين الثاني والثالث. وفي قوله: (ولو شرطاً إلى آخره) رد

(١) التهذيب ٢٦٥٧ زين الحديث ١١٤٤، الاستبصار ٢: ١٥٠، نيل الحديث ٥٥٠

(٢) لكافي ٥: ٤٦٥ حديث ٢، التهذيب ٢٦٤٧ حديث ١١٤٠، الاستبصار ١٤٩٣ حديث ٥٤٦

(٣) التهذيب ٢٦٤٧ حديث ١١٤١، الاستبصار ١٤٩٠: ٢ حديث ٥٤٧

ومع الدخول وانقضاء المدة تعتد بحيضتين، وإن لم تحض وهي من أهله قبضمسة وأربعين يوماً. ومن الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام وإن لم يدخل،

#### الرابع.

وقول المصنف: (فالأقوى بطلان الشرط) يلوح منه أن العقد لا يبطل، ويبقى بطلانه أيضاً؛ لأن التراضي إنما حصل على ذلك، لوجه المحكوم ببطلانه.

قوله: (ومع الدخول وانقضاء المدة تعتد بحيضتين، وإن لم تحض وهي من أهله قبضمسة وأربعين يوماً) ومن الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام وإن لم يدخل).

إذا دخل الزوج بها وانقضت مدتها، أو وهبها إياها فعدتها حيضتان عند الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup> وجمع من المتأخرين<sup>(٢)</sup>.

فإن كانت في سن من تحيض ولا يحض فعدتها خمسة وأربعين يوماً، وكذا قال ابن البراج<sup>(٣)</sup>.

وقال أبو الصلاح<sup>(٤)</sup> وابن حمزة: عدتها قرآن<sup>(٥)</sup>.

وقال المفيد<sup>(٦)</sup> وابن ادریس<sup>(٧)</sup> والمصنف في المختلف: عدتها طهران<sup>(٨)</sup>.

(١) النهاية: ٤٩٢

(٢) أنظر شرائع الإسلام ٣٠٧:٢، اللعة (المستفزة: ١٩٤

(٣) المهذب ٢١٤:٢

(٤) الكافي في الفقه: ١٣١٢

(٥) الوسيلة: ٢٨٧

(٦) اللعة ٨٣

(٧) السرائر: ٢٣٩

(٨) المختلف: ٥٦٢

وقال ابن بابويه في المقنع: عدتها حبضة ونصف<sup>(١)</sup>، وقال ابن أبي عقيل: عدتها حبضة<sup>(٢)</sup>

احتج الشيخ برواية محمد بن فضيل عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال: «طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حبضتان»<sup>(٣)</sup> وستأتي صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام: «على المتمتعة ما على الأمة»<sup>(٤)</sup>.

احتج ابن بابويه بصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام، عن المرأة يتزوجها الرجل متعة لي أن قال: «بينا نقضت إياها وهو حي اعتدت بحبضة ونصف مثل ما يجب على الأمة»<sup>(٥)</sup>.

واحتج المفيد والجماعة بها رواه ليث بن أبي بكر عن المرادي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له كم تعدد الأمة من ماء لعبد؟ قال: «حبضة»<sup>(٦)</sup> وجه الاستدلال به أن الاعتبار بالقرء الذي هو لظهر فحبضة واحدة يحصل قرآن، القرء الذي طلقها فيه والقرء الذي بعد الحبضة، والمتمتع بها كالأمة.

وما رواه عبدالله بن عمر عن الصادق عليه السلام قال فكم عدتها؟ يعني المتمتعة قال: «خمسة وأربعون يوماً، أو حبضة مستقيمة»<sup>(٧)</sup> والتقريب ما تقدم؛ ولأن القرء الطهر كما سيأتي في العدد إن شاء الله تعالى.

وعدة المتمتع بها كالأمة، وعدة لأمة قرآن، كما رواه زرارة في الحسن عن

(١) المقنع: ١١٤

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٦٢.

(٣) التهذيب ١٣٥: ٨ حديث ٤٦٧، الاستبصار ٣٣٥: ٢ حديث ١١٩٣

(٤) التهذيب ٨: ١٥٧ حديث ٥٤٥، الاستبصار ٣: ٣٥٠ حديث ١٢٥٢

(٥) الفقيه ٣: ٢٩٦، حديث ١٤٠٧، التهذيب ٨: ١٥٧ حديث ٥٤٤، الاستبصار ٣: ٣٥٠ حديث ١٢٥١

(٦) الاستبصار ٣: ٣٣٥ حديث ١٩٤

(٧) التهذيب ٧: ٢٦٥، حديث ١١٤٣، الاستبصار ٣: ١٥٠ حديث ٥٤٩

الباقر عليه السلام إلى أن قال: وإن كان حر تحت أمة فطلاقها تطليقتان وعدتها قران»<sup>(١)</sup>.

وفي صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «وكذلك المتمتعة، عليها ما على الأمة»<sup>(٢)</sup> ولا شك في قوة هذا القول، ومكان الجمع بين الأخبار كلها بالحمل عليه، فإن اعتبار الحيضة الثانية أو نصف الحيضة من العدة مجاز من حيث اعتبارها في الحمل؛ لامتناع تحقق العدة من دونها.

إلا أن قول الشيخ الحوطي وأقرب إلى يقين البرامة، هذا إذا كانت تحيض. فإن كانت في سن من تحيض ولا تحيض فعدها حصة ولزهره يوماً، وقد تطابق على ذلك الأخبار وكلام الأصحاب.

وإذا توفي عنها الزوج اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام، سواء دخل بها أم لا، كما في الدوام والحجة عليها قوله تعالى: ﴿وَالسَّيِّئِينَ يَتُوقُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾<sup>(٣)</sup> الآية، وصدق الروجة عليها قبل الدخول ويحده على حد سواء. وصحيحة عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها العدة؟ قال: «تعتد أربعة أشهر وعشرة»<sup>(٤)</sup>. الحديث وصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألته ما عدة المتعة إذا مات عنها الذي يتمتع بها؟ قال: «أربعة أشهر وعشرة أيام». ثم قال: «بها زرة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أو أمة، وعلى أي وجه كان النكاح منه متعة أو تزويجاً أو بملك يمين»<sup>(٥)</sup> الحديث.

(١) الكافي ١٦٧:٦ حديث ١، التهذيب ١٣٤:٨ حديث ٤٦٦، الاستبصار ٢٣٥:٢ حديث ١١٩٢

(٢) التهذيب ١٥٧:٧ حديث ٥٤٥، الاستبصار ٢٥٠:٣ حديث ١٢٥٢

(٣) البقرة: ٢٣٤

(٤) الفقيه ٢٩٦:٣ حديث ١٤٠٧، التهذيب ١٥٧:٨ حديث ٥٤٤، الاستبصار ٢٥٠:٣ حديث ١٢٥١

(٥) الفقيه ٢٩٦:٣ حديث ١٤٠٨، التهذيب ١٥٧:٨، الاستبصار ٢٥٠:٣ حديث ١٢٥٢

وبأبعد الأجلين مع الحمل، والأمة في الوفاة بشهرين وخمسة أيام، أو بأبعدها إن كانت حاملاً.

والى هذا القول ذهب لشيخ في النهاية<sup>(١)</sup> وابن الجراح<sup>(٢)</sup>، وأبو الصلاح<sup>(٣)</sup>، وابن أديس<sup>(٤)</sup>.

وقال المفيد<sup>(٥)</sup>، وسائر<sup>(٦)</sup>، وابن أبي عقيل<sup>(٧)</sup>، والسيد المرتضى، تعتد بشهرين وخمسة أيام<sup>(٨)</sup>؛ لرواية مرسلة عن الصادق عليه السلام، إنه سئل عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: «خمسة وستون يوماً»<sup>(٩)</sup>، وضعفها ظاهر فلا يعارض ما تقدم.

قوله: (وبأبعد الأجلين مع الحمل)، أي لو كانت حاملاً وقد توفى عنها الزوج، اعتدت بأبعد الأجلين من أربعة أشهر وعشرة أيام ووضع الحمل. أما إذا كانت الأشهر أبعد قطاها، وأما إذا كان الوضع أبعد؛ فلا متنازع الخروج من العدة مع بقاء الحمل. قوله: (والأمة في الوفاة بشهرين وخمسة أيام، أو بأبعدها إن كانت حاملاً).

(١) النهاية: ٤٩٢

(٢) المذهب: ٢٤٤، ٢

(٣) الكافي في العدة: ٣١٣

(٤) السرائر: ٣٣٩

(٥) المقتبة: ٨٣

(٦) المراسم: ١٦٥

(٧) نقله عنه العلامة في المحتشم: ٥٦٢

(٨) الانتصار: ١١٤

(٩) التهذيب: ٨، ١٥٨ حديث ٥٤٧، الاستبصار ٢٥١٣ حديث ١٢٥٤



ولو أسلم المشرک عن کتابیة فما زاد بالعقد المنقطع ثبت وإن لم يدخل.

ولو أسلمت قبله بطل إن لم یکن دخل، وإن کان دخل انتظرت العدة أو المدة، فإن خرجت احداها قبل اسلامه بطل العقد وعليه المهر، وإن بقيتا فهو أملك.

أما الحكم الأول فإن ظاهر كلام الشيخ في تنزیل الرواية المرسلة السابقة على كون الزوجة المسؤول عنها أمة "بقيص" لقول في ال اخبار الصحيحة بخلافه، وقد تقدمت، والأصح الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام كالخبرة، وبه صرح ابن ادریس<sup>(١)</sup> وأما الحكم الثاني فإنه مبنى على الأول، وتقریه يعلم مما سبق.

قوله: (ولو أسلم المشرک عن کتابیة فما زاد بالعقد المنقطع ثبت وإن لم يدخل).

وجهه: إن نکاح الکفر صحيح، وإن احکام نکاح الاسلام تجري عليه كل بحسبه، واستدامة نکاح لکتابیة دواماً ومنعة جائزة قطعاً.

قوله: (ولو أسلمت قبله بطل إن لم یکن دخل، وإن کان دخل انتظرت العدة أو المدة، فإن خرجت احداها قبل اسلامه بطل العقد وعليه المهر، وإن بقيتا فهو أملك بها).

قد علم غیر مرة أن المسلمة لا يجوز نکاحها للکافر کتابياً کان أو غیره فإذا أسلمت الزوجة قبل الدخول دون الروح بطل النکاح المنقطع كما يبطل الدائم، وإن کان اسلامها بعد الدخول انتظرت خروج العدة أو المدة.

(١) التهذيب ٨، ١٥٨ ديل الحديث ٥٤٧، الاستبصار ٣: ٢٥٩ ديل الحديث ١٢٥٤

(٢) السرائر: ٣٣٩

ولو كانت وثنية فأسلم أحدها بعد الدخول وقف على انقضاء العدة أو المدة، فأيتها خرجت ثبت لمهر وانفسخ النكاح.  
ولو أسلم وعنده حرة وأمة ثبت عقد الحرة، ووقف عقد الأمة على رضاها.

فإن خرجت أحدهما قبل إسلامه بطل العقد، فإن انقضت عدتها وهو على كفره تدل على انفساخ العقد وحروج المدة يقتضي البتة، ولا ريب أنه يجب عليه المهر المستحق في العقد؛ لأن المانع من قبله.  
وإن بقيت المدة والعدة معاً لمعان أسلم فهو ملك بها ما دامت المدة باقية

قوله: (ولو كانت وثنية فأسلم أحدها بعد الدخول وقف على انقضاء العدة أو المدة، فأيتها خرجت ثبت لمهر وانفسخ النكاح).

لما لم يجر نكاح الوثنية للمسلم دوماً ولا متعه ابتداء ولا استدامة، وامتنع نكاح الكافر وإن كان كتابياً المسلمة ابتداء واستدامة، وجب فيها إذا كانت الزوجة في المدة وثنية واسلم أحدهما الحكم بانفساخ النكاح إن كان قبل الدخول.  
ويجب المهر إن كان انفساخه بإسلام الزوج، والظاهر أنه يسقط إن كان بإسلام الزوجة كالدائم.

وإن كان إسلام أحدهما بعد الدخول وقف النكاح على انقضاء العدة والمدة، فأيتها خرجت حكم بانفساخ النكاح، والمهر المستحق ثابت بالدخول.

قوله: (ولو أسلم وعنده حرة وأمة ثبت عقد الحرة ووقف عقد الأمة على رضاها).

أما ثبوت عقد الحرة؛ فلأن نكاح الكفر صحيح، ولا مقتضى للانفساخ حينئذ.

وأما وقوف عقد الأمة على رضی الحرة؛ فلأن الجمع بينها وبين الحرة في النكاح

## فروع:

أ: لا ينقص المهر بالمتع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض ، ولو منع عن الجميع كل المدة كالمرض المدنف وكذلك على اشكال،

## موقوف على رضى الحرة

قوله: (فروع: أ: لا ينقص مهر بالمتع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض، ولو منع عن الجميع كل المدة كالمرض المدنف وكذلك على اشكال).

لو تمت الروجة في المتعة ينقص الاستمتاع كالوطء في القبل مثلاً، لعذر شرعي أو حسي كالحيض والمرض الشديد، لم ينقص المهر ولم يسقط شيء منه بذلك؛ لأن المهر ثبت بالعقد، ولم يثبت كون المتع هنا مستقطاً مع أنه مأذون فيه شرعاً. وقد يجب فيبقى وجوبه بكامله عملاً بالاستصحاب، ولقول الصادق عليه السلام في رواية عمر بن حفص: «إلا أنهم حرموها فانها لها»<sup>(١)</sup>.

ولو كان العذر الصوري لمصلحتها، كحفظ مالها أو الاكتساب لضرورة المعاش، فهي عدم تنقيص المهر بذلك نظر ينشأ من أن المهر في مقابل المدة فأبعاظه في مقابل أبعاضها، فإذا فات شيء منها وجب أن يفوت مقابله من المهر خرج عن ذلك نحو الحيض من الأعذار فيبقى نحو ما ذكرناه على الأصل. ومن أن المتع جائز شرعاً وربما وجب، فكيف يؤخذ بسقوط شيء من مهرها بعد الحكم بثبوته بالعقد.

ولو كان العذر نحو تنظيفها واستعدادها للاستمتاع بها لا بد منه، أو لنحو المأكّل والمشرب فهو كالحيض؛ لأنه كالمستثنى عادة. هذا كله إذا كان المتع بنحو

وكذا لو منع هو أو هي بظالم، والأقرب أن الموت هنا كالدائم.

الحيض لبعض الاستمتاعات بعض المدة.

ولو منع الجميع كل المدة ففي سقوط جميع المهر اشكال ينشأ من أن المهر في مقابل الاستمتاع، ولم يحصل شيء منه فوجب الحكم بسقوطه كما في سائر المعاوضات. والفرق بين هذا وبين المنع بالعذر من بعض الاستمتاعات في بعض المدة: أن حدوث نحو هذه الأعداد غالب في العادة فهي كالمستثناة، ولأنه إذا منع عن البعض بقي البعض الآخر من الاستمتاعات فلم يفت أصل الاستمتاع، بخلاف ما إذا منع من الجميع كل المدة. ومن أن المهر ليس بالعقد والأصل بقاءه، ولم يثبت شرعاً كون هذا مستقطاً.

ولاشك أن كونه مستقطاً يتوقف على نص الشارع، ولو سقط بذلك المهر امتنع العقد متعة بتعذر الاستمتاع، وهذا الوجه أقرب.

ولو منع العذر جميع الاستمتاعات بعض المدة، أو بعض الاستمتاعات جميع المدة فالمهر ثابت كما لو منع بعضها في بعض المدة، وهاتان صورتان لا يشملهما عبارة الكتاب.

والمدنف بكسر النون: المرض اللازم، والمراد هنا المرض الشديد الذي يتعذر معه الاستمتاع.

قوله: (وكذا لو منع هو أو هي بظالم).

أي: وكذا لا ينقص المهر بمنع الظالم الزوج أو الزوجة عن بعض الاستمتاعات أو جميعها، فيكون التشبيه في عدم النقص، وإن كان السياق يقتضي أن يكون التشبيه في توحه الاشكال في النقص وعدمه، والأول أظهر؛ لامتناع إفراد الوجهين فيها إذا كان الاستمتاع من طرف الزوج.

قوله: (والأقرب أن الموت هنا كالدائم).

أي: في استقرار جميع المهر به، ووجه القرب ما تقدم غير مرة، وهو أن

ب: لو عقد على مدة متأخرة لم يكن لها النكاح فيها بينها، ولا له أن ينكح أختها وإن وقت المدة بالأجل والعدة.

ج: لو مات فيها بينها احتمال بطلان العقد، فلا مهر ولا عدة ولا ميراث إن أوجبناه مطلقاً أو مع الشرط وعدمه فيثبت النقيض .

المقتضي لثبوت المهر وهو العقد حاصل والمسقط منتفد، إذ ليس إلا الموت، ولم يثبت شرعاً كونه مسقطاً، فيجب التمسك بثبوته عملاً بالمقتضي ويحتمل ضعيفاً السقوط، لأن استحقاق المهر في مقابل الاستمتاع، فإذا فات انتهى الاستحقاق ويصنف بأن الاستحقاق بالعقد وقد حصل، وبمع كون موات الاستمتاع مطلقاً مسقطاً، ولم يرد النص إلا على تعويت الروجة لا لعذر، فيبقى حكم ما عداه على الثبوت.

قوله: (ب) لو عقد على مدة متأخرة لم يكن لها النكاح فيها بينها، ولا له أن ينكح أختها وإن وقت المدة بالأجل والعدة).

وإنما لم يحز ذلك، لأنه يصدق عليها أنها روجة وذات بطل قطعاً، لانعقاد النكاح بينها، وتأخر المدة لا يحل بهذا الصديق، بما يسمع من الاستمتاع حينئذ.

ويحرم عقد الغير على ذات البهر، وكذا يحرم على الزوج نكاح أخت الزوجة متعة ودواماً، ويحتمل حوار ذلك حينئذ وخصوصاً إذا وقت المدة المتخللة بين العقد والأجل بالأجل المعقود عليه ثانياً والعدة، لأنها بالنسبة إلى تلك المدة خلية، إذ لا حق له عليها في ذلك الوقت. والأصح الأول؛ لما قلناه من كونها زوجة فتندرج في اطلاقات النصوص.

قوله: (ج) لو مات فيها بينها احتمال بطلان العقد ولا مهر ولا عدة ولا ميراث إن أوجبناه مطلقاً، أو مع الشرط وعدمه فيثبت النقيض).

هذا من أحكام ما إذا عقد على مدة متأخرة عن العقد، وتحقيقه: إن الزوج إذا مات فيها يسها - أي فيها بين العقد والمدة - وقلنا بصحة هذا النكاح فهل يبطل

**المقصد الثاني: في نكاح لإمام؛ وإنما تستباح بأمرين: العقد، والمملك.**

العقد بالموت من أصله؟ يحتمل ذلك، لأن الصحة في العقود هي ترتب أثر العقد عليه، وأثر هذا العقد هو ملك الاستمتاع بالفعل، وذلك به يكون بعد حصول المدة عملاً بمقتضى العقد فيمتنع تقدمه.

فإذا مات قبل حصول المدة منتهى ترتب الأثر، وتبين خروج العقد عن صلاحية التأثير فإنكشف بطلانه، وحينئذ فينتفي المهر والعنف والميراث إن أوجبا مطلقاً، أو مع الشرط وكما قد شرطاه؛ لأن ذلك كله من نواحي النكاح وقد انكشف بطلانه، وعلى هذا فلا يحرم على أب العاقد ولا على أمه، وبالجملة فلا يثبت لهذا العقد شيء من أحكام النكاح.

ويحتمل أن يكون قد وقع صحيحاً، ثم طرأ عليه البطلان بالموت كغيره من العقود؛ لأن العقد بالنظر إلى ذاته له صلاحية التأثير، وخروجه عن ذلك إنما طرأ بالموت وهو أمر خارج عنه متجدد، وحينئذ فيجب المهر والعدة والميراث حيث يثبت في المتعة إلى غير ذلك من آثار صحة النكاح.

ولعل الأول أقرب؛ لأن الصحة هي نفس ترتب الأثر، وترتبه قبل حصول المدة ممتنع لكونها أجلاً مضروباً للنكاح فلا يثبت قبلها.

وقول المصنف: (وعنده فيثبت النقيض) معطوف على قوله: (بطلان العقد) أي: احتمال بطلان العقد وعنده وإراد بالنقيض مقابل الأمور المذكورة من المهر والعدة والميراث.

قوله: (المقصد الثاني: في نكاح الإمام، وإنما يستباح بأمرين: العقد، والمملك).

فهنا فصول:

الأول: العقد: وليس للسيد أن ينكح أمته بالعقد، ولو ملك منكوحته  
انفسخ العقد. ولا للحر أن تنكح عبدها لا بالعقد ولا بالملك، ولو ملكت  
زوجها انفسخ النكاح.

المراد بالنكاح في قول المصنف: (في نكاح الاماء) هو الوطء دون العقد كما  
لا يخفى، ولا شك أن نكاح الاماء إنما يكون بالعقد أو الملك لانحصار النكاح فيهما؛  
لقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾<sup>(١)</sup> والاستثناء في سياق التعمي  
يفيد المحصر.

فإن قيل التحليل أمر ثالث، فإنه ليس من قبيل الملك ولا العقد.  
قلنا: سألني إن شاء الله تعالى أنه تملك للمنفعة، وهو داخل في الملك. وقيل:  
إنه من قبيل العقد، وكيف كان فهو داخل فيهما.

قوله: (هنا فصول: الأول العقد، وليس للسيد أن ينكح أمته  
بالعقد، ولو ملك منكوحته انفسخ العقد ولا للحر أن تنكح عبدها، لا بالعقد  
ولا بالملك، ولو ملكت زوجها انفسخ النكاح).

لا خلاف في أنه ليس للسيد أن ينكح أمته بالعقد، ولو طرأ الملك على النكاح  
بأن ملك منكوحته انفسخ النكاح.

يدل على ذلك وراء الإجماع قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ  
أَيْمَانُهُمْ﴾<sup>(٢)</sup> فإنه سبحانه جعل كلاً من الزوجية والملك سبباً للحل على سبيل البدل  
والتفصيل قاطع للشركة، فامتنع أن يتألف سبب الحل منها.

وأما انفساخ النكاح إذا طرأ عليه الملك، فقد احتج له بأن ملك اليمين أقوى

(١) التوبة: ٦.

(٢) التوبة: ٦.

وإنما يحل العقد على مملوكة الغير بشرط اذنه، واذن الحرية إن كانت تحته وإن كانت رتقاء، أو كتابية، أو غائبة، أو هرمة، أو صغيرة، أو مجنونة، أو

من النكاح؛ لأنه يملك به الرقبة، والمنفعة والنكاح لا يملك به إلا ضرب من المنفعة، فسقط الأضعف بالأقوى.

وأورد عليه الاشكال بما إذا باع اربع المؤخرة من المستاجر، فإنه لا تنسخ الاجارة مع وجود هذا المعنى.

والتحقيق أن النكاح لا يقتضي ملكاً لمنفعة حقيقية، وإنما يملك به الانتفاع. ولهذا لو وطئ الزوجة بالشبهة لم يستحق الزوج المهر، ولو كانت المنفعة مملوكة لاستحق عرضها، فظهر أن الملك أقوى منه ويدفع الاشكال.

وأيضاً فإن لو ارم الملك والزوجة متضدية، فإن الخدمه حتى على المملوكة، والاخداًم حق للزوجة إن كانت من اهله، وبصاد اللوآرم يقضي الى تضاد المرومات، ولا سبيل إلى ابطال الملك الحاصل بنحو الارث مثلاً فتعين فسخ النكاح.

وكذا ليس للحره أن تتكح عهدها، لا بالعقد ولا بالملك قطعاً ولو ملكت زوجها انفسخ النكاح لمثل ما ذكرناه، فإنها تطالبه بالسفر إلى المشرق لأنه عبيد، وهو يطالبها بالسفر معه إلى المغرب لأنها زوجة، وإذا دعاها إلى مراهه بحق النكاح بعته في حوائجها بحق الملك، وإذا تعذر الجمع بطل الأضعف وثبت الأقوى.

وروى ابن بابويه في المعية عن ابن عباس وعبيد عن أبي عبدالله: في امرأة كان لها زوج مملوك فوردته فاعتقته هل يكونان على نكاحها؟ قال: «لا، ولكن يحدثان نكاحاً آخره»<sup>(١)</sup>.

قوله: (وإنما يحل العقد على مملوكة الغير بشرط اذنه واذن الحرية إن كانت تحته وإن كانت رتقاء، أو كتابية، أو غائبة، أو هرمة، أو صغيرة، أو



متمتعاً بها ما لم يطلقها.

ولا يشترط اسلام الأمة وإن كان الزوج مسلماً في المتعة عندنا.

مجنونة، أو متمتعاً بها ما لم يطلقها)

لا ريب أن العقد على مملوكة لغير تصرف فيها، فيمتنع الحكم بحله شرعاً بحيث يعد عقداً شرعياً يترتب عليه أثره إلا باذن المولى، دكراً كان أو أنثى، متعة كان النكاح أو دوماً، على خلاف ضعيف في أمة المرأة في المتعة، وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى.

يدل على ذلك بعد الإجماع قوله تعالى ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾<sup>(١)</sup>، وصححة محمد بن اسماعيل بن مريم قال: سألت لرضاً عليه السلام هل يجوز للرجل أن يتمتع من المملوكة بادر أهلها وله امرأة حرة؟ قال: «نعم إذا كان بادر أهلها إذا رضيت الحرة»<sup>(٢)</sup> والأهل عام في الرجال والنساء.

ويشترط أيضاً إذن لروجة الحرة إن كان للعاقدة روجة حرة، لتواتر الأخبار من طرق العامة<sup>(٣)</sup> والخاصة<sup>(٤)</sup> بالنهاي عن نكاح لأمة لمن عنده حرة، وفي عدة أخبار اشتراط رضاها<sup>(٥)</sup>، ولا فرق في ذلك بين أن تكون الحرة رتقاء أو كتابية، أو عاتية، أو هرمة أو مجنونة، أو صغيرة، أو متمتعاً بها. وبين أن لا يكون كذلك؛ لاطلاق النصوص، فيتناول جميع من ذكر ما لم تطلق الحرة طلاقاً باتناً أو رجعيّاً ثم تبين منه بانقضاء العدة فإنه حيثئذ يسقط اعتبارها.

قوله: (ولا يشترط اسلام الأمة وإن كان الزوج مسلماً في المتعة عندنا،

(١) النساء، ٢٥

(٢) التهذيب ٢٥٧:٧ حديث ١١١٢، الاستبصار ١٤٦٣ حديث ٥٣٣

(٣) سنن البيهقي ١٧٥٧

(٤) الكافي ٢٥٩:٥ باب الحر يزوج الأمة، التهذيب ٣٤٤:٧ حديث ١٤٠٨، الاستبصار ٢٤٢٣ حديث ٨٦٦

(٥) الكافي ٤٦٣:٥ حديث ٣، التهذيب ٢٥٧:٧ حديث ١١١٢، الاستبصار ١٤٦٣:٣ حديث ٥٣٣

ومطلقاً عند آخرين.

وللعبد أن ينكح الكتابية إن حوزناه للمسلم، وكذا للكتابي أن يتزوج بالأمة الكتابية.

ومطلقاً عند آخرين).

قد سبق حكاية لخلاف بين الأصحاب في نكاح الكافرة بالعقد، وأن منهم من حوّر المتعة والدوام، وأن منهم من حوّر بالمتعة دون الدوام، وأن منهم من معها، وأن الأصح عند المصنف وجمع من الأصحاب جواز المتعة خاصة، وعلى هذا جرى قوله: (ولا يشترط اسلام الأمة) أي: المسكوة بالعقد؛ لأنه في سياقه، (وإن كان الزوج مسلماً) أي: سواء كان لزوج مسلماً أم لا. لكن ذلك في المتعة عند المصنف، وأما الدوام عنده فإنه يشترط فيه اسلام الأمة إذا كان الزوج مسلماً، ومطلقاً عند آخرين، أي: لا يشترط اسلام الأمة وإن كان الزوج مسلماً مطلقاً، أي: في متعة والدوام عند آخرين، وهم لعائلون بجواز نكاح لكافرة للمسلم مطلقاً، وأما القائلون بالمنع مطلقاً فإنهم يشترطون اسلامها مطلقاً إذا كان الزوج مسلماً.

قوله: (وللعبد أن ينكح الكتابية إن حوزناه للمسلم، وكذا للكتابي أن يتزوج بالأمة الكتابية).

العبد المسلم كالحُر المسلم في أن له أن ينكح الكتابية، حرة كانت أو أمة، في المتعة خاصة عندنا، ومطلقاً عند آخرين؛ لأن دلائل الجواز والمنع شاملة للحُر والعبد. وكذا الكتابي الحُر أن يتزوج بالأمة الكتابية في المتعة خاصة عندنا، ومطلقاً عند آخرين، وذلك لازم من التشبيه في قوله: (وكذا الكتابي)، ولولاه لم يستقم الإطلاق، فإن المراد: حل ذلك له عندنا بحيث يحكم به عند الترافع اليه، أما عندهم فإننا لا نؤاخذهم بما يدينون به وإن كان نكاح المحرمات ما لم يتظاهروا به.

وفي اشتراط عدم الطول وخوف العنت خلاف، فإن شرطناهما وقدر على حرة رتقاء، أو غائبة عيبة بعيدة، أو كتابية، أو من غلت في المهر إلى حد الإسراف، جاز نكاح الأمة

مرع: إذا تحرر بعض المملوك كان كالحر في تحريم نكاح الأمة، ولو كان بعض الأمة رقيقاً فهي كالأمة في تحريم نكاحها بالحرمة إلا بادنيتها، وفي تحريم نكاحها إلا مع الشرطين، وإذا وحدها من يسوغ له نكاح الأمة فهل يتعين نكاحها، أم يجوز التخطي إلى الأمة؟ فيه وجهان.

قوله: (وفي اشتراط عدم الطول وخوف العنت خلاف، فإن شرطناهما وقدر على حرة رتقاء، أو غائبة عيبة بعيدة، أو كتابية، أو من غلت في المهر إلى حد الإسراف جاز نكاح الأمة).

أي وفي اشتراط عدم الطول وخوف العنت في نكاح الحر المسلم للأمة بالعقد، وكذا الكتابي الحر خلاف سبق بيانه في المحرمات، فإن شرطناهما - وهو الأصح - وقدر على حرة من المذكورات حار نكاح الأمة عند المصنف، وتنقيح البحث في مسائل:

الأولى: أن يقدر على نكاح حرة يتعذر وطؤها قبلًا لكونها رتقاء أو قرناء ونحو ذلك، وفي جواز نكاح الأمة حيث يتعذر وجهان:

أحدهما: العدم؛ لأنه قادر على بعض الاستمتاعات، فإن الوطء في الدبر على القول بجوازه، والتفخيذ، وأمثال ذلك ينكسر به الشهوة ويندفع به خوف العنت. والآخر: الجواز؛ لأن المشتهى طبعاً هو الوطء في القبل، ويؤيده أن الغرض الأصلي من النكاح - وهو النسل الذي به بقاء النوع - لا يحصل به.

والجواز اقوى؛ لأن خوف العنت لا يندفع بهذا القدر من الاستمتاع، إذ المشتهى طبعاً غيره، وموضع الوجهين ما إذا لم يمكن علاجها بحيث يندفع المانع، فإن أمكن فلا بحث في عدم الجواز.

وربما بقي الوحهان على الوجهين في أن الرتقاء والقرماء لو كانتا تحته هل يمنع من نكاح الأمة، حيث لا يقدر على غيرها، وليس يبعد، لأن خوف العنت في الموضعين على حد سواء.

الثانية، أن يقدر على حرة كتابية، فإن قلنا بالمتع من نكاحها مطلقاً حاز نكاح الأمة، وإن جاوزناه دوماً أو متعة فوحيهان:

وجه الجواز: إنه سبحانه جعل الشرط في الآية أن لا يستطيع نكاح المؤمنات، وقد وحدها هنا، ولأن مباشرة الروح ومخالطها مما نهي به البلوى، وتجبها لكفرها بما تعظم مشقته.

وجه المتع، إنه لا يخشى العنت حينئذ، ولو كانت الكتابية تحته منع من الأمة، وكذا مع قدره عليها، والآية خرجت مخرج لعالم، فإن الغالب أن المسلم إنما يرغب في المؤمنات، وفي الوجه الأول قوة، والمصلحة طاهر الآية قايماً خالية عن المعارض.

الثالثة، أن يقدر على حرة غائبة عن بلد غيبة بعيدة، فإنه إذا خاف العنت في مدة قطع المسافة، أو كان بحيث يلحقه مشقة شديدة عادة بالخروج إليها وفي إحصارها عنده جاز له نكاح الأمة دفعاً للمخرج، وإلا لم يجوز.

الرابعة: أن يقدر على حرمة جداً، أو صغيرة أو مفضاة كذلك، وضابطه أن لا يتيسر الاستمتاع بها، ففي جواز الأمة حينئذ وجهان، أحدهما الجواز إذا لا فناء في هذه ولا استغناء بها، ويحتمل ضعيفاً المتع؛ لصدق استطاعة نكاح المؤمنة.

أما لو قدر على مجنونة فهي لجواز تردد وجه المتع إمكان الاستمتاع، ووجه الجواز حصول الشرط إذ ليست بمؤمنة.

الخامسة أن يقدر على حرة غلبت في المهر إلى حد الاسراف، وظاهر عبارة المصنف تشمل ما إذا كان ذلك مهر مثلها لكنها لا يلبق بحاله، بحيث يعد تزويجه بها بذلك المهر اسرافاً في حقه مع قدرته على المهر.

والمسألة مصورة في غير هذا لكتاب بها إذا كاتب لا ترضى إلا بأكثر من مهر مثلها، وهو الظاهر من كلام الشارح الفصل ولد المصنف حيث شبه هذه المسألة بها إذا وجد الماء بأكثر من ثمن المثل هل ينتقل إلى لثيم، وبها إذا وجد الرقبة في الكفارة المرتبة بأكثر من ثمن المثل هل ينتقل فرضه إلى لصوم؟ في كل منهما قولان<sup>(١)</sup>. وهذا هو الأسبب؛ لأن من وجد مهر شريفة وإن كانت أعلى منه بيتاً وكثر مهر أمثاله عادة يسفي أن لا تحمل له الأمة؛ لانتفاء الشرط حينئذ، فإنه يصدق عليه الاستطاعة لنكاح المؤممة، ولا أثر لكون بوجه لثيمها في العادة يعد سراً

أما إذا لم توجد الحرة إلا بأكثر من مهر مثاله فهي حوار الأمة وجهان وجه الجوار: إن بدل المال على هذا لوجه اتلاف له وهو من السفه، ولما فيه من المشقة يتحمل العين.

وبوجه المنع إنه مستطيع فائتقى، ولأن مثل هذه المغالاة في النكاح مما تقتضيها العادة فإنه يتعلق به غراض كنية يستفي معها العين.

وبوسط متوسط فعال، إن كانت المغالاة بقدر كثير يعد بدله اسرافاً جاز نكاح الأمة، وإلا فلا. ولعل المصنف حاول هذا المعنى بعبارة، لكنها غير واقية بالدلالة عليه كما عرفت.

ولا ريب أن هذه المسألة نظائر غير المسألتين اللتين ذكرهما الشارح، منها: ما لو وجد الراحلة في الحج وما لا يد منه بأزيد من ثمن المثل، فهل يجب الشراء، أم يسقط الحج؟

ومنها: ما لو وجد الساتر في الصلاة بأزيد من ثمن المثل، فهل يجب الشراء، أم يصلي عارياً؟ وغير ذلك.

## وفي ذات العيب اشكال.

وقد سبق أن المختار الوجوب ما لم يعد اجعافاً، فيسقط لما فيه من الضرر، وينبغي أن يكون الحكم هنا كذلك.

واعلم أن قول المصنف: (و من غلت) يجوز قراءته بالمهملة والمعجمة، من العلو أو من الزيادة، وهما يتقاربان في المعنى

قوله: (وفي ذات العيب اشكال):

أي: لو قدر على حرة ذات عيب كالبرصاء والمحدومة، ففي حوار نكاح الأمة في هذه الحالة اشكال، بنشأ: من انتفاء شرط نكاح الأمة، لأنه مستطيع لنكاح الحرة المؤمنة، فيمنع من مكاحها ومن أن مقصود انكاح دفع الشهوة، وإياها يكون ذلك مع الميل القلبي، وهو مستف هنا، لوجود الفرة طبعاً، فلا يدفع خوف العت، ولأنه إن جار الفسخ بالعيب هنا لو تزوجها ولم يعلم بالعيب إلا بعد العقد جار نكاح الأمة، والمقدم حق، لإطلاق النصوص بنبوت الخيار بالعيوب، وهو يتناول صورة النزاع، فأخرجها يحتاج إلى دليل شرعي، وهو مستف.

فإن قيل: عموم قوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طويلاً﴾<sup>(١)</sup> يقتضي إخراجها.

قلنا: دلائل الفسخ بالعيب أغص من هذا الوجه فتقدم، وأما بيان الملازمة؛ فلأنه إذا جار فسخ نكاح ذات العيب امتنع لقول بتحتن تزويجها لو لم تكن منكوحه، فإنه لو وجب ابتداء النكاح لوجبت استدامته بطريق أولى، وهذا أقوى.

واعلم أن عبارة لمصنف كاستدافعة، فإنه جزم بأنه إذا قدر على رتقاء جاز له نكاح الأمة، وتردد في ديب العيب مع أنها شاملة للرتقاء، فإن الرتق من العيوب المجوزة للفسخ كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ولو كان مفلساً ورضيت بالمؤجل أقل من مهر المثل لم تنكح الأمة.

وقد يحتذر له بأنه أراد بذات العيب ما عدا الرتقاء فلا تدافع، لكن قد يسأل عن الفرق بينها وبين غيرها من ذوات العيوب، فيجاب بأن الرتق مانع من الوطء قبلاً، فمطلوب النكاح وهو الوطء قبلاً معه منتف، بخلاف نحو الجون والجذام والبرص، وهو ضعيف، ومقوض بالرتق والعنى والمرج والافضاء.

قوله: (ولو كان مفلساً ورضيت بالمؤجل أقل من مهر المثل لم ينكح الأمة).

ينبغي أن يقرأ مفلساً بالتخفيف ليشمل من كان غير قادر على المهر ولم يحكم بفلسه.

وفقه المسألة: إنه متى كان غير قادر على طول الحرية لفقره أو للحرمان عليه بالافلاس، فوجد حرة ترضى بمهر مؤجل إلى أجل يتوقع القدرة عليه عند حلوله، والمهر الذي رضيت به لا يزيد على مهر أمثاله، لم ينكح الأمة عند المصنف ووجب عليه نكاحها، لأنه مستطيع للحرية حينئذ. وفي الحكم نظر ينشأ من هذا، ومن أنه شغل الذمة بالدين الموجب للمطالبة عند الحصول.

وقد لا يصدق رجاءه في حصول الملازمة ضرر بين، وقد ورد في الدين أنه وهم بالليل ومذلة في النهار.

وقريب من ذلك ما إذا وجد من يبيع منه سيئة ما يفي بمصداقها، أو وجد من يستأجره باجرة معجلة تفي به أو يقرضه ذلك، وعدم الوجوب في هذه المسائل كلها قوي، فيجوز نكاح الأمة.

فرعان:

أ: المال الغائب لا يمنع نكاح الأمة، لأن صاحبه ملحق بالفقير، ولهذا يجوز له أخذ الزكاة.

فلو وجد من يبيعه سيئة إلى أجل، يغلب على الظن وصول المال الغائب عند

وخوف العنت إنما يحصل بعلبة الشهوة وضعف التقوى، فلو انتفى أحدهما لم ينكح الأمة.

المحلول، ففي الوجوب نظر، وكذا المرض إذا حلّ لارماً كذلك.  
ب. لا يجب بيع المسكين والخدام وما جرى مجراها، وصرف ذلك إلى طول الأمة على اقرب الوجهين؛ لأن ملك ذلك لا يباي، لعقر، والفقير غير مستطيع.  
واعلم أنه لا حاجة إلى كون ما ترضى به المرأة مؤجلاً أقل من مهر المثل، كما في عبارة الكتاب، بل مهر المثل أيضاً كذلك. أما لو لم ترض إلا بها زاد، فإنه يبي على أنه لو وحد حرة لا ترضى إلا بها زاد على مهر أمثالها وهو قادر عليه هل يجوز نكاح الأمة أم لا؟ ولا بد أن يكون بحيث يتوقع عند آخر الأجل النكاح من أداء المهر، وإلا حاز نكاح الأمة وحدها واحداً، وعبارة الكتاب حالية من ذلك.  
قوله: (وخوف العنت إنما يحصل بعلبة الشهوة وضعف التقوى، فلو انتفى أحدهما لم ينكح الأمة).

قال الله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾<sup>(١)</sup> والعنت لغة، المشقة الشديدة، ويقال إنه الهلاك، والمراد هنا الرنا وطلق عليه العنت من حيث أنه سبب المشقة والهلاك بالحد في الدنيا والعقوبة في الآخرة، فخوف لعنت هو توقع مقارفة الرنا على سبيل الدبرة، وإنما يتحقق ذلك بغلبة الشهوة وضعف التقوى، فمن غلبت شهوته وقل تقواه فهو حائف، ومن قويت شهوته وله رحر عن الوقوع في الرنا من دين أو مروءة أو حياء فهو غير خائف.

وكذا من غلبت شهوته وقوى تقواه، لأنه لا يخشى العنت، لكن لو كان ترك الوقاع في حق هذا بحيث يجر ضرراً ومرضاً شديداً لم يبعد القول بجواز نكاح الأمة، وعبارة الكتاب مطلقة.



والقادر على ملك ليمين لا يخاف لعنت فلا يترخص ، ولو أيسر  
بعد نكاح الأمة لم تحرم الأمة.  
ولا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا نكاحاً بدون إذن المالك، فإن فعل  
أحدهما بدونه وقف على الاجازة على رأي.

قوله: (والقادر على ملك اليمين لا يخاف العت فلا يترخص).  
وجهه: إن خوف الوقوع في الزنا يندفع بوطء المملوكة، فيتحتم شراؤها لو لم  
تكن في ملكه، ولا يجوز له نكاح الأمة  
ويحتمل الجواز؛ لأنه لا يستطيع طول حره، وهذا هو الشرط في الآية، والأول  
أقوى ، لأن خوف العت شرط أيضاً وهو مقتضاهما.  
فرع لو كانت الأمة التي يملكها غير محلة له، فإن كانت قيمتها تفي بثمن  
أمة يتسرى بها أو مهر حرة، ولم يكن هناك ما يسقط معه وجوب بيعها لكونها مألوفة  
يشق فراقها لم يكره الأمة  
قوله: (ولو أيسر بعد نكاح الأمة لم تحرم الأمة).  
لأن قضية الآية اشتراط الاعسار في الابتداء، ولا دليل على كونه شرطاً في  
الدوام، مع أن الدوام أقوى من الابتداء، وذلك كما أن العت شرط في الابتداء خاصة،  
وكما أن كلا من العدة والردة ولا حرام يمنع ابتداء النكاح دون دوامه، والاسلام يمنع  
الابتداء السبي دون دوامه، وكذا لا تحرم الأمة لو نكح حرة بعد ما نكحها عندنا.  
ولا يخفى أن المصنف لو اقتصر على قوله، (لم تحرم)، ولم يذكر الأمة مرة أخرى،  
لم يكن محتاجاً إلى ذكرها، ولكانت مع الاختصار خالية من التكرار.  
قوله: (ولا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا نكاحاً من دون إذن المالك،  
فإن فعل أحدهما بدونه وقف على الاجازة على رأي).  
اختلف الأصحاب في أن الفضولي من النكاح يقع باطلاً، أو موقوفاً على  
الاجازة من الزوج أو الزوجة.

وعلى المولى مع اذنه مهر العبد ونفقة زوجته، وله مهر أمته.

فالقائلون بالبطلان ثم قالوا به في نكاح العبد ولأمة إذا بادر أحدهما إلى العقد بنفسه بدون إذن سيده

والقائلون بوقوعه موقوفاً اختلفوا هنا، فقال بعضهم بوقوع هذا النكاح موقوفاً، فإن أجازته السيد صح، ولا بطل، واختاره لمصنف هنا وفي المختلف<sup>(١)</sup>، وهو الأصح، لحسنة رواية عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده قال: «ذلك إلى السيد إن شاء» إجماعاً، وإن شأتم فرفق بينهما<sup>(٢)</sup>.

واضطرب كلام ابن إدريس فقال في أوله ما حصله، إن كلام الشيخ مهي على مذهبه من أن العقد لا يقف على الأجازة، قال: وقد يفسد ذلك فيها مضي، ثم حكم ببطلان العقد هنا من أصله محتجاً بأنه مهي عنه فيكون فاسداً<sup>(٣)</sup>، وكلية الكبرى مرسوعة.

وقد يحتاج بها ورد عن النبي صلى الله عليه وآله: «أبى مملوك تزوج بغير إذن مولاه فنكاحه باطل»<sup>(٤)</sup>، وبحاب مع السيد أولاً، وبالحملة على أنه بمنزلة الباطل، إذ لا يترتب عليه أثره بمجرد تانياً مجازاً طلباً للجمع بينه وبين ما سبق.

قوله: (وعلى المولى مع اذنه مهر العبد ونفقة زوجته وله مهر أمته).

إذا أذن المولى لعبده في النكاح صح وكان المهر في ذمة السيد، وكذا نفقة الروجة على أشهر الأقوال للأصحاب، لأن العبد لما لم يتصور ملكه امتنع تعلق الوجوب به، ولما وقع النكاح صحيحاً لزمه الحكم بثبوت المهر والنفقة، ولا متعلق لها إلا السيد وقد أذن في النكاح فيتعين وجوبها عليه؛ لأن الأذن في النكاح لمن هذا حاله

(١) المختلف: ٥٦٩

(٢) التكملي ٤٧٨:٥ حديث ٣، نفقة ٣٥٠:٣ حديث ١٦٧٥، التهذيب ٣٥١:٧ حديث ١٤٣٢

(٣) لسراير ٣٠٥

(٤) سنن البيهقي ١٢٧٧ وفيه «عاهر» بدل «باطل».

واجازة عقد العبد كالاذن المبتدأ في النفقة، وفي المهر اشكال.

التزام مؤنته، ولما كان سببها الى جهات اموال السيد على حد سواء وجب الحكم بشيئها في ذمة السيد؛ لامتناع الترحيح ولو رُوج لسيد أمته صح لنكاح قطعاً وكان المهر للسيد؛ لأن الأمة وبضعها ومافعها مملوكة له، فيكون المهر الذي هو في مقابل البضع حقاً له. قوله: (واجازة عقد العبد كالاذن المبتدأ له في النفقة، وفي المهر اشكال).

لما حكم بأن عقد المملوك يقع موقوفاً على اجازة السيد ولا يقع باطلاً من اصله، فرع عليه ما اذا كان المملوك لعاقداً بعداً واجاز المولى نكاحه فقال: إنه كالاذن المبتدأ في النفقة، وتردد في المهر وتحقيقه إن المولى اذا اجاز العقد كانت الاجازة كالاذن المبتدأ، أي: الواقع قبل العقد، فيصح به العقد كما سبق وثبت به النفقة مع حصول الممكن من الزوجة في ذمة السيد لأن وجوبها أثر النكاح الثابت بالاذن.

وأما المهر ففي كون الاجازة بالنسبة إليه كالاذن المبتدأ، فيثبت في ذمة العبد على أنه يتبع به اذا اعتق، أو في ذمة السيد اشكال ينشأ من أن الاجازة لما طرأت على العقد بعد تمامه لم توجب في ذمة المولى شيئاً؛ وذلك لأن العقد تصمّن المهر قبل صدور الاجازة، فلم يكن له تعلق بذمته. ولأن الاجازة إما تؤثر في العقد على ما هو عليه، ومعلوم أنه لم يقع على أن المهر في ذمة المولى.

ومن أين الرخص بالنكاح من المولى التزام مؤنته، ولا يفترق الحال في ذلك بين وقوعه متقدماً ومتأخراً.

فإن العبد لكونه لا يملك بمتنع ازماءه بالمهر، فلا يقع العقد إلا على الوجه الممكن، وهو كون المهر على السيد، فيقع موقوفاً على هذا الوجه، فإذا اجازته ثبت المهر في ذمته كما في الاذن قبل العقد سواء، وهذا اصح.

ولو تعدد المالك افتقر إلى إذن الجميع قبل العقد، أو أجازتهم بعده. ويحتمل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد وربح تجارته، ولا يضمن السيد، بل يجب أن يمكنه من الاكتساب.

والجواب عما سبق أن العقد وإن لم يتضمن ثبوت المهر في ذمة السيد، إلا أنه يمتنع وقوعه إلا كذلك لما قلناه.

قوله: (ولو تعدد المالك افتقر إلى إذن الجميع قبل العقد، أو أجازتهم بعده).

لأن كل واحد منهم مالك، فيعتبر في كل واحد منهم ما يعتد في المالك الواحد. وحينئذ يوزع عليهم المهر والنفقة بالحصص.

قوله: (ويحتمل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد وربح تجارته، ولا يضمن السيد بل يجب أن يمكنه من الاكتساب)

ذكر الشارح العاقل ما حاصله. إن ما ذكره المصنف في المطلب الخامس في الأحكام من الفصل الثالث في الأولياء، من أن المولى إذا أذن لعبد في النكاح وأطلق ثبت قدر مهر المثل على المولى لو نكح بأزيد منه، لم يكن ترجيحاً مائلاً من النقيض، أو أنه رجع عنه إلى كون المهر والنفقة في كسب العبد<sup>(١)</sup>.

وما ذكره غير واضح إذ ليس في كلامه ما يدل على اختيار كون المهر والنفقة في كسب العبد بحال، فإنه لم يذكر ذلك إلا احتياطاً. وقد ذكر قبله ييسر إن على المولى مع إذنه مهر العبد ونفقة زوجته، فكيف يكون هذا رجوعاً عما سبق. ولا ريب أن الاحتمال لا يتنافى صورة الجرم؛ لأنه مع ترجيح أحد الطرفين يجوز ذكره بصورة الجرم لتعين العمل به لا محالة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يحتمل ثبوت لمهر والنفقة فيها إذ أذن السيد لعبد  
في النكاح قبل لعقد، أو جازه بعد وقوعه في كسب العبد إن كان كاسباً، كما في  
الاحتطاب والاحتشاش، وما يحصله بصعة أو حرفة ولو بالاكتساب النادر في ربح  
تجارته إن كان تاجراً.

وهو اختيار لشيخ في المبسوط<sup>١</sup>، ووجهه إن المهر والنفقة من لوازم النكاح،  
وكسب العبد أقرب شيء ليهما، فمن غاية كسب كل انسان هو الصرف في مؤنه  
وضروراته، والعادة جارية بذلك فينزل الحال في لوازم النكاح عليها  
ويصغف بأن الدين لا يد له من ثمة يتعلق بها، وثمة العبد ليس أهلاً لذلك،  
فلا بد من تعلقه بثمة المولى، وعلى القول بذلك فلا يخفى أنها لا تتعلق بكل كسب  
للعبد بل بها كان بعد النكاح، فإن السابق خاص بالمولى كسائر امواله.

ولا بد في المهر من حلوله، ولو كان مؤحلاً تعلق بالكسب الواقع بعد الحلول  
دون ما قبله؛ لما قلناه.

ولا بد في النفقة من التمكن، فلا تعلق لها بالكسب المتقدم عليه. ومن هذا يعلم  
أنه لو كان تاجراً لم يتعلق برأس المال بل بالربح الحاصل بعد الاستحقاق حالاً،  
وطريق الصرف إلى المهر والنفقة أن ينظر في الحاصل كل يوم، فيؤدي منه النفقة إن  
وفي بها، فإن فضل شيء صرف إلى مهر، وهكذا حتى يتم المهر ثم يصرف الفضل  
من النفقة إلى السيد، ولا يدخر لما يتجدد من النفقة.

ولو فلس السيد اختصت الروجة بقدر نفقة والمهر من كسب العبد، وعلى  
القول بكونها في ثمة السيد هي أحد غرمائه فتصرف بالحصّة.

وقول المصنف: (ولا يصح السيد بل يجب أن يمكنه من الاكتساب) تنقيح

فإن استخدمه يوماً فأجرة المثل كالأجنبي. ويحتمل أقل الأمرين من كسبه ونفقة يومه.

للقول بثبوتها في كسب العبد، فإن تعلق الحق بهال معين لا يباي الثبوت في النعمة، كما لو ضمن ما على الغير وشرط الأداء من مال بعينه، وكما في الرهن وتركه الميت. ولما لم يكن للمهر والنفقة على هذا القول تعلق بدمة السيد، بل منعقها الكسب، كما أن متعلق أرش الجباية هو رقبة العبد دون دمة السيد، نص المصنف على ذلك، وبأنه يجب على السيد تمكيه من الكسب بمعنى تحليته ليكتسب، ولا يشترط أدبه، لأن الأذن في النكاح يستدعي <sup>فذلك</sup> ومعضى هذا أنه لا يشترط الأذن في تجارته بخصوصها، بل إن اتجر حينئذ صح وتعلقا بالربح.

وقد يتوهم من قول الشارح العاقل لو كان مأدوماً له في التجارة تعلق أيضاً المهر ونفقة زوجته بربعه، اعتبار الأذن في الصحة، فإن ذلك مراد له<sup>(١)</sup>، فليس بظاهر. وليس من لورمها التصرف في مال لمولى، إلا أن يقال: التجارة لا بد فيها من الشراء، ولا بد من ثبوت ثمن في دمة المولى، وهذا مما يجب التوقف فيه على أذنه. فرع: يجب عليه تحليته للاستمتاع بمجرى العادة.

قوله: (فإن استخدمه يوماً فأجرة المثل كالأجنبي، ويحتمل أقل الأمرين من كسبه ونفقة يومه).

هذا فرع على القول بثبوت مهر والنفقة في كسب العبد ووجوب تحليته للاكتساب، وتحقيقه: إنه على هذا القول لو استخدمه السيد يوماً ولم يلتزم بلوازم النكاح وجب عليه الغرم لما استخدم؛ لأنه لما أذن في لنكاح فكأنه أحال على كسبه، فإن غوته طوّل بعوض ما استوفاه وهو أجرة المثل كما في الأجنبي.

ومحتمل ثبوت النفقة في رقبته، بأن يباع كل يوم منه جزء للنفقة.

ومحتمل أن يجب أقل الأمرين من اجرة المثل والمهر ونفقة يومه، أما إذا كان المهر والنفقة أقل مظاهراً، إذ لا يجب شيء غير ذلك.  
وأما إذا كانت الاجرة أقل؛ فلأن الذي استوفاه السيد هو قدر الاجرة، فلا يغرّم أكثر منه.

ويجيء احتمال ثالث، وهو أن يغرّم نفقة مدة الاستخدام كائناً ما كانت، لأنه ربما كان يكتسب ما يفي بذلك.  
والأقرب تعريضاً هو وجوب أقل الأمرين، وأعلم أن المصنف لم يذكر في هذا الاحتمال سوى نفقة يومه.  
ولا ريب أن المهر دين حاصر؛ لأنه القرص، فإذا وفّت به الاجرة تعيّن صرفها إليه مع النفقة، وكأنه إما سكّته عنه اكفاءً بما تقدّم وعياداً على ظهور الحال، وكذا فعل في احتمال كونها في رقبته.  
قوله: (ومحتمل ثبوت النفقة في رقبته، بأن يباع كل يوم منه جزء للنفقة).

هذا احتمال ثالث لتعلق النفقة، وتحقيقه إن نفقة كل يوم تثبت في رقبته، فيباع منه جزء ما يفي بالنفقة، تنزيلاً لها منزلة ارش الحنايات.  
ووجهه: إن النفقة واجبة لا محالة وليست على السيد؛ لأصله البراءة، ولا على العبد؛ لأنه ليس أهلاً لذلك. وتعليقها بكسبه تعديقاً للواحب بها ليس بمعلوم الحصول، فتعيّن تعلقها بالرقبة بمقتضى السير وانتقاسيم.  
فعلّ هذا إن وجد راغب يشتري كل يوم منه جزء بقدر النفقة الواجبة لذلك اليوم وجب بيعه.

وأعلم أن قوله: (ومحتمل ثبوت النفقة في رقبته) ليس عديلاً لقوله: (ومحتمل أقل الأمرين) بل هو عديل لقوله: (ومحتمل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد) كما

ولو قصر الكسب، أو لم يكن ذا كسب، حتمل ثبوت النفقة في رقبته وفي ذمة المولى، وأن يتخير بين لصبر ولفسخ إن جَوَزناه مع العسر. ولو اشترته روحته أو تهبته قبل الدخول سقط نصف المهر الذي

هو ظاهر عند التأمل.

قوله: (ولو قصر الكسب أو لم يكن ذا كسب، حتمل ثبوت النفقة في رقبته، وفي ذمة المولى، وأن يتخير بين الفسخ والصبر إن جَوَزناه مع العسر). ما سبق هو حكم ما إذا كان العبد كسباً وكسباً واف بنفقة زوجته، وهذا بيان حكم ما إذا كان كسبه قاصراً عنها أو لم يكن له كسب أصلاً، وقد ذكر المصنف فيه احتمالات ثلاثة

أحدها ثبوت النفقة أو ما قصر الكسب عنه منها في رقبته، تترتباً للموطأ في النكاح منزلة الحايه

الثاني ثبوتها في ذمة المولى، لأنه لما ادن في النكاح لزمته لوازمه، لامتناع اعراء النكاح عن النفقة، وإن قدمنا الكسب، لأنه قرب شيء إليها، فإذا انتهى تعينت ذمة المولى.

الثالث تحيير لروية بين الصبر بغير نفقة حاصرة، وبين الفسخ إن جَوَزنا الفسخ للمرأة إذا عسر زوجها الحر عن نفقة، وسيأتي تحقيقه إن شاء تعالى. ولم يذكر المصنف حال مهر مع القصور، وكذا لم يذكره في احتمال ثبوت النفقة في رقبته، فيمكن أن لا يرى محي ذلك فيه، وأن يكون على ذلك لتقدير ديباً على العبد يتبع به.

لكن في اثبات الفرق بين مهر والنفقة عسر، وهذا كله بناء على أن المهر والنفقة لا يشبان في ذمة المولى بإذنه في النكاح، أما على القول بالثبوت فإن ذلك ساقط.

قوله: (ولو اشترته زوجته، أو اتبته قبل الدخول سقط نصف المهر



ضمنه السيد أو جميعه، فإن اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن اسقطنا الجميع حذراً من الدور، إذ سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضي عراء البيع عن

الذي ضمنه السيد أو جميعه).

قد سبق أنه إذا ملك أحد الزوجين الآخر أو شيئاً منه انفسخ النكاح، فإذا ملكت الزوجة الحرة زوجها المملوك شراءً أو اتهاً أو غيرها، فإما أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده.

فإن كان قبله وقد ضمن السيد المهر، إما بناء على أن الادن في النكاح يقتضي ثبوته في دمه، أو لكونه قد ضمن للمرأة بعد النكاح حتى صار في دمه، فإن ما في الذمة مضمون لا محالة، ففي سقوط نصف المهر أو جميعه وجهان.

وجه الأول: إن الانفساخ حصل بالعقد الحاربي من المولى، والزوجة والمولى قائم مقام الروح من حيث أنه سيده، ولعراق دا حصل بصنع الزوجين علب جانب الزوج وتشطر المهر، كما لو حالها قبل المسيس.

وجه الثاني: إن الفرقه حصلت بالزوجه، والسيد لا اختيار للزوج فيها، فكان كما لو سلمت مع كفره، أو ارتدبت مع اسلامه قبل الدخول. وفي هذا الوجه قوة، فعلى هذا ترد المهر إن قبضته وعليها الثمن، وعلى الأول ترد النصف وعليها الثمن، وقد يقع التقاص اذا اتحد الجنس.

ولو انعكس القرص فملك الحر زوجته الأمة قبل الدخول، ففي وجوب نصف المهر أو جميعه الوجهان أيضاً، لكن المنجّه هنا وجوب الجميع، وقد سبق نظائره في الرضاع وتجدد الاسلام.

وتعليك السيد إياه لا يقدح في استحقاقه المهر، إذ ليس ابلغ من بذل الزوجة في الخلع، وإنما تشطر في الخلع للدليل، فلا يدعى به غيره.

قوله: (فإن اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن اسقطنا الجميع حذراً من الدور، إذ سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضي عراء المبيع عن

## العوض ،

## العوض).

قد بينا أن المهر يمكن ثبوته في ذمة السيد، أما بأن يكون صدور العقد باذنه يقتضي شغل ذمته، أو بأن يضمه للزوجة بناءً على أنه لا يثبت في ذمته بعد صدور العقد؛ لأنه دين لازم فيصح ضمانه.

ولا ريب أن ما يقرن بالباقي عقد البيع من العوضين هو الثمن، فإذا باع السيد العبد للزوجة بالدين الذي في ذمته فقد باع بنفس المهر. ومثله ما لو دفع إلى عبده عيلاً من أمواله ليسكنها بها، ثم باعها إياه بنفس العين، بخلاف ما لو باعها بعوض وأطلق بحيث لم يقيد بكونه الذي في ذمته لها، فإنه ليس بيعاً بنفس المهر. إذا تقرر ذلك، فإن الزوجة إذا اشترت زوجها العبد بنفس المهر الذي في ذمة السيد، أو الذي تعين في عقد النكاح على ما بيناه، وكان ذلك قبل الدخول به على صحة البيع، وعدمه على المسألة السابقة، وهي أن الزوجة إذا اشترته قبل الدخول سقط نصف المهر أو جميعه.

فإن قلنا بسقوط الجميع بطل البيع؛ لأنه يلزم منه الدور، وهو باطل. بيان اللزوم؛ إنه إذا صح البيع دخل في ملكها وانفسح النكاح فيسقط المهر؛ لأنه المقدّر، ويبقى المبيع بغير عوض يقابله فيفسخ؛ لامتناع صحة البيع بدون ثمن فصحة البيع تستلزم بطلانه، وذلك دور عند الفقهاء، وبطلانه ظاهر لأن كلما كان بحيث يفضي صحته إلى بطلانه يجب الحكم ببطلانه.

لا يقال. صحة البيع وارتفاع النكاح لا يكونان معاً، بل يكون الفسخ بعد البيع وحصول الملك، وحينئذ فلا يزول ملكها عن الصداق إلا بعد ملكها للرقبة، فلا يبطل الثمن لانفساخ العقد، بل يكون اثره الرجوع إلى البيع بدل الصداق. وكما لو اشترت بعين الصداق قبل المسيس ثم ارتدت، فإنه يلزمها غرم بدل الصداق، ولا يبطل البيع

ولو اشترته به بعد الدخول صح.

ولو جَوَزْنَا اذن المولى بشرط ثبوت المهر في ذمة العبد فاشترته به بطل العقد؛ لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته، فيخلو البيع عن العوض .

لأننا نقول: ليس بين صحة البيع وارتفاع النكاح وزوال الملك عن الصداق تخلل زمان، وإن كان هناك تقدم اعتباري، بخلاف الصورة المذكورة في السؤال. هذا إذا اسقطنا جميع الصداق بشرائها إياه، ولو اسقطنا النصف خاصة، فإن البيع إنما يبطل في النصف فقط؛ لسقوط نصف الثمن.

(وعراء) في قول المصنف يقتضي عراء المبيع كأنه مصدر عرى عن كذا يعري عنه، والمنقول في مصدره عرى من عراء ممدوداً أو مقصوراً فلم اقف عليه.

قوله: (ولو اشترته بعد الدخول صح)

أي: لو اشترت الزوجة العبد بنفس المهر المضمون بعد الدخول صح الشراء، وذلك لأن المهر استقر بالدخول، فلا يلزم من انقاسح النكاح سقوطه ليلزم عراء المبيع عن العوض.

ولا فرق في ذلك بين أن نقول بثبوت المهر في ذمة السيد بالعقد اذا وقع بأذنه، وبين أن نقول بثبوته في ذمة العبد ثم يصمته السيد؛ لأن الضمان لما كان ناقلاً عندنا لم يرد أن ذمة العبد تقرأ من الصداق بدخوله في الملك، حيث أن المولى لا يستحق براءة ذمة الصامن.

قوله: (ولو جَوَزْنَا اذن المولى بشرط ثبوت المهر في ذمة العبد فاشترته بطل العقد؛ لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته، فيخلو البيع عن العوض).  
يلوح من قوله: (ولو جَوَزْنَا...) أنه لا يجوز ذلك، إلا أن قوله سابقاً: (وفي المهر اشكال) يقتضي تجويز ذلك.

ويمكن أن يعتذر له بأن المراد بالتجويز الحكم بالجواز وليس بلام من الاشكال في المهر.

والولد رق إن كان أبواه كذلك، فإن كانا لمالك فالولد له، ولو كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان، إلا أن يشترطه أحدهما أو يشترط الأكثر فيلزم،

إذا عرفت ذلك فمقصود المسألة إن دا جوزنا للمولى أن يأخذ لعبد في التكاح بشرط أن يصرح للمرأة بكون المهر في ذمته، فكبح كذلك، ثم اشترته الزوجة بالمهر بعد الدخول بطل العقد، أي: البيع؛ لأن غلظها إليه يستلزم براءة ذمته، لامتناع أن يستحق المولى في ذمة مملوكه مالاً، لأنه وذمته ملك له فكيف يعقل أن يستحق على ماله مالاً؟! وحينئذ فيحلوا البيع عن العوض فيبطل للزوم الدور.

ووجه حوار الادلن كذلك أن العبد يمكن ثبوت الدين في ذمته بدليل أنه يتبع بعوض المتلفات.

ووجه العدم أن ذمته مملوكة للسيد، فلا يمكن شغلها بشيء من الديون، ولزوم عوض المتلفات للضرورة حذراً من صياح الأموال لا يقتضي أن يكون ذمته كذمة غيره يمكن شغلها بالديون اختياراً.

قوله: (والولد رق إن كان أبواه كذلك، فإن كانا لمالك فالولد له، ولو كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان، إلا أن يشترطه أحدهما، أو يشترط الأكثر فيلزم).

لا خلاف في أن الولد إذا كان أبواه رقين يكون رقيقاً، فإن كانا لمالك واحد فالولد له لا محالة، وإن كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان؛ لأنه نهاء ملكهما لازمة لأحدهما على الآخر.

وليس كذلك الولد في باقي الحيوانات، بل هو لمالك الام. والفرق بينها وبين الآدمي في ذلك وراء الص والاحماع ثبوت لسبب مقتضي للتبعية، وسيأتي فيها بعد في الأحبار مما ينبه على ذلك إن شاء الله تعالى.

ويتبع في الحرية أحد أبويه، إلا أن يشترط المولى رقيته فيلزم، ولا تسقط بالاسقاط بعده.

ولو شرط أحد المولين في عقد لازم كون الولد له، أو استحقاقه أزيد من النصف فيه صح لشرط ولزم؛ لأنه شرط لا ينافي لـكـاح، وعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup> يتناوله.

قوله: (ويتبع في الحرية أحد أبويه، إلا أن يشترط المولى رقيته فيلزم، ولا يسقط بالاسقاط بعده).

هنا مسألتان.

الأولى: إذا كان أحد أبوي الولد حراً والآخر رقاً كان الولد حراً تبعاً للحر من الأبوين، سواء كان الحر الأب أم الأم **عند أكثر الأصحاب**<sup>(٢)</sup>؛ لأن الأصل في الإنسان الحرية، خرج منه ما أخرجه الدليل وكان موضع وفاق، فبقي ما سواه على الأصل.

ولرواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام قال: «إد تزوج العبد الحرة فولده أحرار، وإذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار»<sup>(٣)</sup>.

ولحسنه ابن أبي عمير عن بعض أصحابها عن الصادق عليه السلام قال: سألت عن الرجل يتزوج بأمة قوم، الولد محال لك أو أحراراً؟ قال: «إذا كان أحد أبويه حراً فالولد أحرار»<sup>(٤)</sup>.

ولرواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: في مملوك تزوج حرة قال:

(١) التهذيب ٣٧١:٧ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٢٢٢:٢ حديث ٨٢٥.

(٢) انظر التنقيح لرائع ٣ ١٣٨، المهذب ٢ ٢٦٥، النعمة المشتقة، ١٩٤.

(٣) الكافي ٤٩٢:٥ حديث ٣، التهذيب ٧ ٢٣٦، الاستبصار ٢-٣:٣ حديث ٧٢٢.

(٤) الكافي ٤٩٣:٥ حديث ٧، الفقيه ٣ ٢٩١، التهذيب ٧ ٢٣٦:٧ حديث ١٣٧٦، الاستبصار ٢-٣:٣ حديث ٧٢٣.

«الولد للحر»، وفي حر تزوج مملوكة فقال: «الولد للأب»<sup>(١)</sup>  
وقال ابن الجنيد: إن ولد للمملوكة زوجة الحر، والمملوك زوج الحرة للسيد إلا  
مع اشتراط حريتهم، لأنهم نساء مملوك فيتبعه، ولأن حق الأدمي يغلب إذا اجتمع مع  
حق الله تعالى<sup>(٢)</sup>.

ولرواية أبي بصير قال: «لو أن رجلاً دبر جارية، ثم زوجها من رجل فوطأها،  
كانت جاريته وولدها مدبرين كما لو أن رجلاً أتى قومًا فتزوج اليهم مملوكتهم كان ما  
ولد له مملوك»<sup>(٣)</sup>.

والجواب: إنه نساء الحر أيضاً، وحق الحرية مقدم فإنه أقوى، ولهذا كان العتق  
مينياً على التغليب والسراية، والرواية مقطوعة فلا تعارض مما تقدم، وحملها الأصحاب  
على ما إذا شرط المولى الرقعة، وفيه نظر.

الثانية: إذا شرط المولى رقية الولد حيث يكون أحد الأبوين حراً، فقد  
صرح المصنف بصحة لشرط وبرومه. وهو اختيار الشيخين<sup>(٤)</sup> وجماعة<sup>(٥)</sup>، وتردد فيه  
المحقق ابن سعد<sup>(٦)</sup>.

وجه الصحة: عموم قوله تعالى: «أو فراً بالعقود»<sup>(٧)</sup>، وعموم قوله عليه  
السلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٨)</sup>، ورواية أبي بصير السالفة، فإنها مرسلة على ذلك.

(١) التهذيب ٢٣٦:٧ حديث ١٣٧٧، الاستبصار ٢:٢٣٢ حديث ٧٣٤

(٢) عنه عنه العلامة في المختلف: ٥٦٨.

(٣) التهذيب ٢٣٦:٧ حديث ١٣٧٨، الاستبصار ٢:٢٣٢ حديث ٧٣٥

(٤) المقنع: ٧٧، النهاية ٤٧٧

(٥) انظر: الفقه (الجوامع لمعه) ٥٤٩، تهذيب ٢:٢١٥، المطبوع: ١٩٤

(٦) المختصر النافع: ١٨٣

(٧) لقطة: ٩

(٨) التهذيب ٢٧١:٧ حديث ١٥٠٢، الاستبصار ٢:٢٢٢ حديث ١٣٨

وموردها وإن كان ما اذا كانت الام رقاً يلاً أنه لا قائل بالفصل.  
 ووجه العدم: عموم الأخبار السالفة، فإن ترك الاستمصال في حكاية الحال مع  
 الاحتمال للعموم، ولقول الصادق عليه السلام في رواية سماع الآتية وقد سئل عن  
 مملوكة تروّجها حر بدعواها الحرية في الجواب: «ولا يملك ولد حر»<sup>(١)</sup>، وقد ضبطها  
 المحققون بالتوين دون الاضافة.

وجه الاستدلال بها: إن البركة في سياق النعمي للعموم، والمعنى: ولا يملك الولد  
 المحكوم بحريته بحال.

فإن قيل: هذا محكوم برقيته.  
 قلنا: بل هو حر بدون الشرط، فلا يكون الشرط سبباً لرقيته بنص الحديث،  
 ولأن الحرية بحمل الله تعالى فلا مدخل للشرط في تغييرها، كما لو شرط رقبه ولد  
 الحرين، ولأن الولد ليس مذكراً للحر من الأيوين ليصح اشتراطه للمولى.

وكما لا يصح أن يشترط رقية من ولد حراً فكذا من سيولد حراً؛ لانتفاء السلطنة  
 في الموضعين. ويؤيد نفي السلطنة أن الولد لو أقر برقية ولده لم ينهد هذا الاقرار على  
 الولد، ولأن الولد بهاء الأيوين، فتناء حر الأصل يجب أن يكون حراً بالأصل، وحر  
 الأصل يمتنع أن يجري عليه الرق بغير الشيء.

فإن قلنا بالأول لزم الشرط ولم يسقط بالاسقاط بعد العقد؛ لأنه من مقتضياته  
 الثابتة، وإنما يسقط بالاسقاط ما في الدمة، وألحق الضميف الذي لا يقتضي الملك  
 كالتعجير.

وإن قلنا بالثاني فالشرط باطل لا محالة، وهل يبطل به العقد؟ يحتمل ذلك.

ولو تزوج الحر الأمة من غير إذن مالكتها، ووطأ قبل الرضى عالماً بالتحريم فهو زان وعليه الحد، وفي المهر مع علمها اشكال ينشأ من أنها زانية، ومن ملكية البضع للمولى.

ولا يخفى أن دلائل الثاني أقوى، والأول هو المشهور بين الأصحاب. قوله: (ولو تزوج الحر من غير إذن مالكتها ووطأ قبل الرضى عالماً بالتحريم فهو زان وعليه الحد، وفي المهر مع علمها اشكال ينشأ من أنها زانية، ومن ملكية البضع للمولى).

أي. لو تزوج الحر الأمة - بدليل السياق - بدون إذن مالكتها، وهو عالم بكونها أمة، بدليل قوله (عالمًا بالتحريم) ثم ووطأ قبل صدور الرضى من المولى عالماً بالتحريم ذلك فهو زان قطعاً؛ لصدق حد الزاني عليه، وبحسب عليه الحد بحسب حاله. وفي وجوب المهر إذا كانت هي أيضاً عاتمة بالتحريم اشكال ينشأ من أنها رابية، ولا مهر للرابية لقوله صلى الله عليه وآله «لا مهر لبعي»<sup>(١)</sup>، والنهي للثبوت والاستحقاق، وهو للعموم لوقوع السكر في سياق النفي. ومن أن البضع حق للمولى ومملكه، فلا يؤثر علمها ورضاها في سقوط حقه.

ولقائل أن يقول: إن البضع وإن كان حق للمولى إلا أنه ليس على سبيل الأموال، ليكون مطلق الانتفاع به موجباً لمعوض، وإنما يستحق العوض به على وجه مخصوص، فإنه لو تراعى الواطن والمولى على عوض الوطء من دون عقد شرعي لم يستحق شيئاً.

ولو قيل أحد مملوكه العير أو لمسه أو استمتع بها بها دون الوطء لم يكن له عوض مال، بخلاف ما لو استخدمها أي انواع الخدمة كان، والسري في ذلك أن في الوطء شائبة التعبد، فلا يباح إلا على الوجه المعين، ولا يكفي فيه مطلق الرضى،



## ولو كانت بكرة لزمه أرش البكارة.

ولا يستحق به العوض إلا على السج لدى عيته لشارع، وبدونه فليس إلا العقوبة في الدنيا والعوض في الأخرى

وما سوءه فالأصل برءة الدمة منه، فيتمسك به من غير احتياج إلى دليل آخر؛ لانتفاء المعارض، وحينئذ فلا يقدح ما قيل من أن الحديث لا يعم المملوكة؛ لأن اللام في قوله عليه السلام «لبي» يقتضي الملك، والمملوكة بمنع في حقها الملك، على أن لقائل أن يقول: إن اللام فيه لام الاختصاص، الناشئة عن المقابلة، فإن ذلك هو المراد من نظائره، مثل قولك: لا أجره لهذا العبد، وهذه الدار، وهذه الدابة، وأمثال ذلك مما لا يتساهى.

ثم إن الظاهر أن الحديث إنما ورد في البعاب من الإمام؛ لأن العادة كانت بينهم حمل الإمام على الربا يسعون بذلك العوض، وعلى هذا، فالأصح عدم الوحوب. ولو علمت التحريم هي وجه هو فلا مهر؛ لما علمنا ولو جهلت خاصة ثبت المهر؛ للشبهة. وكذا لو أكرهها؛ لقيام لشبهة وهذا يلحق بها الولد، والولد رقب لمولاه في هذه الصورة؛ لأن للظاهر الحجر، وهذا كله إذا لم يميز المولى العقد. أما إذا حازه وقلبا، إن أحاره كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه، فإن المهر المسمى يلزم وينتقل استقراره ويحقق به لولد؛ لأنه قد تبين كونها زوجة حين الوطء، وعلى هذا فلا حد؛ لانتماء كونه زائبا إذ هي زوجة، غاية ما في الباب أنه أقدم على محرم فاستحق التعزير، ولعل الأصحاب إنما تركوا التعرض إلى هذا اعتيادا على ظهوره بتقدير مقدماته.

قوله: (ولو كانت بكرة لزمه أرش البكارة).

المراد: إن الأمة في الصورة السابقة لو كانت بكرة فاقصصها لزمه أرش بكارتها، وظاهر السياق أن لرومه لا ريب فيه، وهو الذي يساق إليه النظر؛ لأن الاقتضاض أمر زائد على أصل الوطء، وهذا توجه مع المهر إذا كانت جاهلة، وليس جزءاً من

ولو كان عبداً، فإن قلنا إنه أُرش جناية تعلق برقبته يباع فيه، وإن قلنا إنه مهر تبع به بعد العتق،

المهر وإنما هو عوض حناية.

إلا أن تردد المصنف في حكم العبد يؤذن بنحويره أن يكون مهرأً، فيبيح فيه الاشكال من حيث أنه لا مهر له في، وهو في غاية البعد.

قوله: (ولو كان عبداً، فإن قلنا إنه أُرش جناية تعلق برقبته ويبيع فيه، وإن قلنا إنه مهر تبع به بعد العتق).

أي. لو كان المتزوج في الصورة المذكورة بطل المهر عبداً، وكانت الأمة بكراً فاقترضها، فهي تعلق عوض البكارة برقبته، أو ثبوته في دمه يتبع به إذا اعتق وجهان، مبيحان على أن العوض أُرش حناية أو مهر، كل منهما محتمل.

أما كونه أُرش جناية؛ فلأن الاقتراض تعريق اتصال في اللحم وجرح على الأدمي، وهذا معنى الحناية.

وأما كونه مهرأً؛ فلأنه تابع للوطء، وقد جعل في جملة المهر لو وطأ حرة بكراً بشبهة، وإذا جاءت زوجة الكافر لينا مهره ردنا عليه المهر كمالاً من غير اسقاط عوض البكارة، والأظهر أنه أُرش جناية.

ولا يقدح الحكم في الحران؛ لأن المهر في مقابل الوطء خاصة، وهذه الحناية مباحة مادون فيها؛ لتوقف الوطء المستحق عليها فلا عوض في مقابلها، والوطءة بالشبهة يتمكينا سقط الأرض كما في الزانية.

ومن ثم لو أكره حرة بكراً على الوطء فاقترضها تجبه وجوب المهر والأرض معاً. واعلم أن عدّ أُرش البكارة مهرأً يقتضي التردد في ثبوته على العبد أيضاً، إذ لا مهر لبيعي، فكان حقه أن يقول: وإن قلنا إنه مهر احتمل سقوطه مع علمها، ويحتمل

والولد للمولى رقي. ومع جهلها فله المهر قطعاً.

ولو وطأ جهلاً أو لشبهة فلا حد وعليه المهر، والولد حر وعليه قيمته لمولى الأم يوم سقط حياً.

أن يتبع به بعد العتق.

قوله: (والولد للمولى رقي).

المتبادر أن الحكم برقية الولد حاز في لصور السابقة جميعاً، فيشمل ما اذا تزوجها العبد، ولكن سيأتي أنه اذا تزوج المملوك ولم يأذن واحد من المولدين يكون الولد لها، وإن أذن أحدهما فالولد لمن لم يأذن إلا أن يقال: إن ذكر العبد عند ذكر أرض الهكارة وقع استطراداً، وقوله: (والولد للمولى رقي) مخصوص بمسألة الحر.

قوله: (ومع جهلها فله المهر قطعاً).

أي: مع جهل المملوكة في الصورة المذكورة يستحق مولاه المهر قطعاً؛ لأنه وطأ شبهة من طرفها، والوطء المحترم لا يخلو من عوص، والواجب هو مهر المثل لا المسمى قطعاً؛ لفساد النكاح.

قوله: (ولو وطأ جهلاً أو لشبهة فلا حد وعليه المهر والولد حر، وعليه قيمته لمولى الأم يوم سقط حياً).

هذا عدل المسألة لسابقة، فإنه قيدها بكون العاقد الواطئ عالماً بالتحريم.

وهذا بيان حكم الجاهل.

أي: لو وطأ العاقد في الصورة السابقة جهلاً، بأن كان لا يعلم أن وطء الأمة بغير إذن مولاه محرم، أو بعلمه لكن وجد شبهة كأن وجدها على فراشه فظنها زوجته أو أمته، ولم يدرك أنها الأمة التي عقد عليها فلا حد عليه قطعاً؛ للشبهة الدارئة للعقد، وعليه المهر إن كانت هي أيضاً جاهلة.

وإن كانت عالمة ففي لزومه لا شكال السابق، والولد حر؛ لأنه سبب والأصل

الحرية.

وكذا لو ادعت الحرية فعقد، ويلزمه مهر، وقيل العشر مع البكارة، ونصفه لا معها، فإن كان قد دفع المهر إليها استعاده، فإن تلف تبعها والولد رق وعليه فكه بقيمته يوم سقط حياً، وعلى المولى دفعه إليه.

فإن لم يكن له مال استسمى فيه، فإن امتنع قيل: يفديهم الإمام من سهم الرقاب.

ولا فرق عندما بين كون الروح عرثياً أو أعجبياً، ولا شك أن على الأب قيمته للمولى؛ لأنه بناء ملكه، وعليه أيضاً شأن ما يحدث عندها بسبب الحمل والولادة وإنما تعتبر القيمة وقت سقوطه حياً، لأنه وقت الحملولة، ووقت إفراجه بالتقويم، ووقت الحكم عليه بالماله لو كان رفاً، وقد دلت الرواية على ذلك، ويسألني إن شاء تعالى. ولا يخفى أن المهر الواجب هنا هو مهر المثل، لعدم بعدم صحة العقد فلا يجب المسمى.

قوله: (وكذا لو ادعت الحرية فعقد ويلزمه المهر، وقيل: العشر مع البكارة ونصفه لا معها<sup>١</sup>)، فإن كان قد دفع المهر إليها استعاده، وإن تلف تبعها والولد رق وعليه فكه بقيمته يوم سقط حياً، وعلى المولى دفعه إليه. فإن لم يكن له مال استسمى فيه، فإن امتنع قيل يفديهم الإمام من سهم الرقاب).

هذه صورة ثالثة لها، وتحقيقها إن الأمة لو ادعت الحرية فعقد عليها النكاح، وهو شامل لما إذا كان لا يعلم حاله وادعى كونها حرة الأصل، فيبي على الظاهر، ولما إذا كان يعلم أنها كانت مملوكة لكن ادعت تحدد الحرية، وفي جواز التعويل بمثل ذلك على مجرد قولها نظر، وقد تردد فيه شيوخنا في شرح الارشاد.

ولو انصم إلى خبرها قرئن تشرطاً قوياً لم يبعد الجواز حينئذٍ، وحكمها إنه إذا دخل بها لاحقاً؛ لانتفاء كونه راتباً، وعليه المهر عوض الوطء المحترم، وفي كونه المسمى في العقد أو مهر المثل قولان، ورواؤها قول ثالث وهو وجوب عشر قيمتها إن كانت بكراً ونصف العشر إن كان ثيباً.

والأول مختار المصنف وجماعة<sup>(١)</sup>؛ لأن العقد صحيح ظاهراً، فثبت ما تضمنه. وفيه نظر؛ لأن الفرض وقوعه بغير رضى السيد، ولا أثر لكونه صحيحاً ظاهراً؛ لأنها حرة ظاهراً إذا ثبت رقبها باللمعة الشرعية مع لو<sup>(٢)</sup> أجاز السيد العقد اتحه ذلك، لاسيما إذا قلنا إن الإحالة تكشف عن صحة العقد من حين وقوعه.

والقول الثاني مختار الشيخ في المبسوط<sup>(٣)</sup>، ونقله الشارح العاضل عن ابن حمزة<sup>(٤)</sup>، ورده شيعياً في شرح الارشاد ووجهه، إن العقد فاسد لظهور الرقبة وعدم ادن المولى، وقد حصل الوطء لمحترم فوجب مهر المثل، وهو واضح السبيل إذا لم يحرم المولى، وقد سبق نظيرة في آخر الرضخ، وعلى هذا فيجب ارش المكاراة لو كانت بكراً، وأرش النقص بالولادة إن حصل لها نقص.

والقول الثالث مختار الشيخ في النهاية<sup>(٥)</sup>، وابن البراج<sup>(٦)</sup>، ومستنده ما رواه الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمه دلست نفسها له، قال: «إن كان الذي زوجها يباه من غير مواليها فالتكاح فاسد» إلى أن قال عليه السلام: «ولو موليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن كانت غير

(١) انظر: الابصاح ١٤٢:٣، التتبع الرائع ١٤٦:٣

(٢) المبسوط ١٨٩:٤

(٣) الوسيلة: ٣٥٨، ابصاح الموائد ١٤٢:٣

(٤) النهاية: ٤٧٧

(٥) المذهب ٢١٧:٢

يكر فنصف عشر قيمتها»<sup>(١)</sup> ويمكن تنزيلها على أن لعشر ونصف العشر في المسؤول عنها مطابق لمهر المثل، فيكون حينئذ حجة لقول الثاني وهنا أحكام يتم البحث بها الأول: لو دفع الزوج أمهر المسمى، ليها فعلى ما احتراه يستعيده؛ لأن المهر باقٍ على ملكه، وإن تلف كان في دمها تتبعها به إذا اعتقت، وكذا على القول الثالث أما على القول بلزوم المسمى فلاه مضمون عليه إلى أن يصل إلى السيد أو وكيله،

فإن تلف قبل ذلك عزم بالسد بدله، وتبعها بالمفرد اعتقت وأيسرت وقول المصنف: (هإن كان قد دفع المهر) في حيز قوله (وميل)، وليس بخاره، وقد صرح بفنائه قبل القول حيث قال: (ولزم المهر)، فإن المتبادر منه المسمى وإن كان السابق يقتضي وجوب المهر المذكور في الصور السابقة، وذلك مهر المثل. إلا أن التنازع الفاصل<sup>(٢)</sup>، وشبه في شرح لارشاد صرحا بأن مراد المصنف بالمهر في هذه المسألة المسمى وفي التي قبلها مهر المثل ولا ريب أن قوله: (هإن كان قد دفع المهر إليها استعاده) يتخرج على قول المصنف أيضاً، إلا أن ما بعده لا يتخرج، فلذلك جعل كلامه في حيز (قيل) .

الثاني: الولد حر، لأنه نسب لاحق بلأب فمتبعه في الحرية، وقد صرح بحريته في الرواية السابقة أيضاً.

وقال الشيخ في النهاية<sup>(٣)</sup>، وابن الرح<sup>(٤)</sup>: إن لولد رق وعلى الأب فكه بقيته يوم سقط حياً، وعلى المولى دفعه إليه، ومع عساره يستعسى في القيمة، فإن امتنع فداهم الإمام من سهم الرقاب.

(١) الكافي ٤: ٤٠٤ حديث ١، التهذيب ٢: ٢٤٩ حديث ١٤٢٦ لا سيما ٢: ٢١٦٣ حديث ٧٨٧.

(٢) يصاح لروايد ١٤٢٣

(٣) النهاية ٤٧٧

(٤) لمهدي ٤٧٦: ٢

ومستنده ما رواه سماعه عن الصادق عليه السلام، في مملوكة أتت قوماً وزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل منهم فأولدها ولداً، ثم أنه أتاهم مولاهم فأقام عندهم البيعة أنها مملوكة وأقرت الجارية بذلك، فقال: «تدفع إلى مولاهم هي وولدها، وعلى مولاهم أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه».

قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ إياه به قال: «يسمى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده».

قلت: فإن أس الأب أن يسمى في ثمن إياه فقال: «على الإمام أن يعديه ولا يملك ولد حر»<sup>(١)</sup>.

وقد نص جماعة منهم ابن ادریس علی وجوب قراءة حر بالرفع والتوسين على أنه صفة لولد، وقالوا: إن قراءته بالحر وهم<sup>(٢)</sup>.

وانكر ابن ادریس فلك الإمام الولد من سهم الرقاب؛ لأنه ولد حر على ما صرح به في الرواية، فكيف يشتري من سهم الرقاب، وهو كلام وجيه، وليس في الرواية ما يتأقبه

وانكر المصنف في المختلف الاستسعاء ووجوب الأخذ من بيت المال<sup>(٣)</sup>، وهو صحيح في موضعه؛ لأنه دين يجب الانتظار به إلى ليسار، ولا يجب أدائه من بيت المال، نعم يجوز؛ لأنه من المصالح، وحمل الأمر بالسعي لورده في الرواية على الاستحباب بعد الطعن في سندها.

ورّد انكار ابن ادریس بأن المدفوع الى المولى عوض عن رقبة من شأنها أن تقوم وتزال يد المولى عنها، فدخلت تحت قوله تعالى: ﴿وفي الرقاب﴾.

(١) التهذيب ٢٥٠٧ حديث ٨٤٢٩، لا سحر ٢١٧٤ حديث ٧٩٠

(٢) السرائر ٣٠٥

(٣) المحتلص: ٥٦٦

ولو تزوج العبد بحرة من دون إذن، فلامهر ولا نفقة مع علمها  
بالتحرير واولادها رق، ومع الجهل فالولد حر ولا قيمة عليها، ويتبع العبد

ويمكن المناقشة بأن المدفوع ليس عوض الرقبة، إذ الحر لا عوض له، بل هو  
عوض ما فات على المولى من نهاء الجارية، والطريق إلى معرفته هو تقويم هذا الولد،  
فلا تتناوله هذه الآية.

واعلم أن قول المصنف: (والولد رق...) من تنمة القول المحكي وليس فتوى  
المصنف، ومن توهم كونه فتوى له فقد عبط، فإنهم قد صرح فيها إذا وطأ شبهة يكون  
الولد حراً، ولا يحبط هذا عن الولد بشبهة، نعم قوله بعد: (فإن امتنع قيل) يؤكد  
هذا الوهم، فإن استشاف حكاية القول لا وجه له، إذا كان ما قبله محكياً؛ لأن جميع  
ذلك قول واحد.

الثالثة: لم يذكر المصنف هنا حكم الرجوع بالمهر على من دلّسها وحكمه  
الرجوع به على المدّلس، فإن كانت هي المدّلة لنفسها تبع به إذ اعتقت؛ لأن  
المفروض يرجع على من غره.  
وستأتي أحكام ذلك كلها في التدليس إن شاء الله تعالى.

الرابعة: لو شهد شاهدان بحريتها فتزوجها ثم رجعا لم يلتفت إلى رجوعهما،  
وضمننا لمولاهما قيمة الجارية والولد والمهر، وإن ثبت تزويرها نقض الحكم، وكان الولد  
حراً وعلى الأب قيمته يوم سقط حياً.

والذي يقتضيه الصحيح النظر أن الواجب في الصورة الثانية مهر المثل وفي  
الأولى المسمى، ويرجع الزوج على الشاهدين بما اغترمه في الثانية، وفي الأولى  
بضمنان للمولى على ما سبق. وهل يطرد هنا القولان؛ لو حوب استسعاء الأب لو كان  
فقيراً إلى آخره؟ فيه احتمال، والأوجه قصره على مورد الرواية؛ لأنه مخالف للأصل.

قوله: (ولو تزوج العبد بحرة من دون إذن فلا مهر ولا نفقة مع علمها  
بالتحرير، واولادها رق، ومع الجهل فالولد حر ولا قيمة عليها، ويتبع العبد



بالمهر بعد عتقه.

بالمهر بعد عتقه).

ما سبق هو حكم تروج الحر بالأمة، وهذا حكم العكس، وتحقيقه انه إذا تزوج العبد بـحرة من دون اذن مولاه، فإما أن تكون عاتمة بأنه رق أو لا، وعلى تقدير علمها بالرقية فإما أن تكون عاتمة بالتحريم أو لا.

فإن علمت بالتحريم والرق فلا مهر ولا نفقة لها؛ لأنها قد صيغت حقها بعلمها بعاله. وقد روى السكوي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيا امرأة حرة زوجت نفسها عبداً بغير إذن مولاه فقد اباحت فرحها ولا صداق لها»<sup>(١)</sup>. ولا حدٌ عليها في هذه الحالة بحكم الجماعة مع أنها راتبة، فإن حد الرنا صادق عليه، والعقد بمجرد لا يعد شبهة

وقد فرق بين هذه، وبين ما إذا تزوج الحر أمة عالماً بالتحريم، بأن المرأة لضعف عملها وعدم مخالطتها أهل الشرع يكفي العقد في شبهة بالنسبة إليها، وقد ينقض بالعقد العاسد على الحرة إذا علمت فسادَه ثم مكنته من نفسها

وقد يمكن الفرق بأن هذا العقد فصولي موقوف على الاجازة، فلا يبعد عنه شبهة بالنسبة إلى المرأة؛ لضعف عملها دون الرجل، والولد في هذه الحالة رق للمولى؛ لأنه لعدم لحاقه بها لا مقتضى لحرية، وهو بناء العبد، ورواية العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام دليل على ذلك<sup>(٢)</sup>.

ولو جهلت بالتحريم أما لجهلها بالرق أو لجهلها بالحكم فالولد حر؛ لأنه لاحق بها فيتبعها في الحرية، ورواية العلاء يكون الولد رقاً منزلة على ما إذا علمت بالتحريم؛ جمعاً بينها وبين دلائل حرية لولد إذا كان أحد أبويه حراً.

(١) الكافي ٤٧٩:٥ حديث ٧، التهذيب ٣٥٢:٧ حديث ١٤٣٥.

(٢) التهذيب ٣٥٢:٧ حديث ١٤٣٧.

ولو تزوج بأمة، فإن أذن المولى أو لم يأذن فالولد لها.  
ولو أذن أحدهما فالولد لمن لم يأذن خاصة.  
ولو اشترك أحدهما بين اثنين، فأذن مولى المختص وأحدهما  
هاشكال.

ولا قيمة على الام قطعاً، ولعرق بينها وبين الأب ورود النص ثم وانتفاؤه هنا  
فيتمسك بأصالة المرأة، ولأن الأب سبب فاعل بالسبب إلى الولد فهو المباشر والام  
قابل، ومتى اجتمع مباشر وغيره في الاتلاف فالصالحان، إنما هو على المباشر  
ولما امتنع أن يثبت للسيد على مملوكه مال لم يمتنع استحقاق القيمة هنا، وأما  
المهر فلا يثبت في ذمة العبد؛ لأن الوطء المحرم لا يحبو من مهر فتبعه به إذا اعتق  
وهل لها نفقة؟ لم أقف في كلامهم على شيء أصلاً، ثم هذا المهر هل المسمى،  
أم مهر المثل؟ العبارة خالية من بيان ذلك.

والذي يسمى تحصيله هنا هو أن السيد إما أن يحبر نكاح العبد أو لا، فإن لم  
يجزه فالحكم ما ذكرناه ولا نفقة؛ لأنها تابعة للتمكين من النكاح، وهو منتف هنا. والمهر  
الذي يجب مع جهلها هو مهر المثل لا المحددة، وإن أجاز النكاح فعلى القول بالصحة  
يجب المسمى على ما سبق ذكره.

ومثله النفقة بعد الاجارة إذا كانت ممكنة، أما قبلها ففي وجوبها في ذمته يتبع  
بها إذا اعتق وجه؛ لأنها حينئذ كانت زوجة في الواقع، وقد حصل التمكين المعتبر  
ظاهراً، وهذا واضح على القول بأن الاجارة كاشفة.

قوله: (ولو تزوج بأمة، فإن أذن المولى أو لم يأذن فالولد لها، ولو  
اذن أحدهما فالولد لمن لم يأذن خاصة، ولو اشترك أحدهما بين اثنين فأذن  
مولى المختص وأحدهما فاشكال).

قد سبق أنه إذا تزوج المملوك بأمة غير مولاة فإن الولد للمولين معاً

بالسوية، وتقرر بين الأصحاب أن ذلك إذا ادنا في النكاح معاً أو لم يأذن واحد منهما.  
فأما إذا أذن أحد المولين ولم يأذن الآخر فإن الولد لمن لم يأذن خاصة، وقد  
يستدل له وراء النص - فإنه قد ذكره بعض الأصحاب وإن لم نقف عليه - بأن من  
أطلق الأذن لمملوكه في الترويح قد أقدم على هوان الولد منه، فإنه قد يتزوج بمن  
ليس برقيق فيعقد الولد حراً، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة.

أما إذا استويا في الأذن وعدمه فلا أولوية لأحدهما على الآخر، ولا يخفى أن  
هذا إذا لم يجر العقد الذي لم يأذن. وإن حازره وقلنا إن الاجارة جرم السبب، ولو قلنا:  
إنها كاشعة يلزم القول بكون الولد له.

فعل هذا لو اشترك أحدهما بين اثنين، فأذن مولى المختص وأحد المشتركين  
دون الآخر، ففي اختصاص من لم يأذن به منها اشكال يشأ من إطلاق قولهم: إن  
الولد لمن لم يأذن من المولين خاصة، فإن مقتضاء اختصاص من لم يأذن من المشتركين  
بالولد، لوجود المقتضي للملك في حقه وانتفائه عن سواه.

ومن أن السواء يجب أن يكون تابعاً للأصل، خرج منه ما أخرجناه دليل، وهو  
هنا ورود النص واطباقهم على اختصاص من لم يأذن، حيث يكون العبد لمالك واحد،  
وكذا الأمة، فيبقى ما عداه على الأصل. فعلى الثاني هل يكون للجميع أجراً بهذه  
الصورة على الأصل، أم للمشاركين خاصة، لأن النص وإطلاق الأصحاب لا يتناولها؟  
كل محتمل.

وقد أورد على هذا ما إذا تعدد كل من مولى العبد ومولى الأمة، وأذن أحد الفريقين  
دون الآخر، فإن الحكم باشتراك الجميع هنا، لعدم القطع بأن مرادهم بذلك ما إذا اتحد  
المولين، واستبعاد الاختلاف في الحكم مع انتفاء الفرق لا يخلو من شيء، والحكم  
بافراد من لم يأذن مع التعدد يستلزم شمول المتحد والمتعدد، فيلزم اختصاص من لم  
يأذن في صورة النزاع، وللتوقف في ذلك كله مجال.

ولو زنا العبد بأمة غير مولاه فالولد لمولى الأمة، ولو زنا بحرة فالولد حر.

ولو زوّج عبده أُمته، ففي اشتراط قبول المولى أو العبد اشكال منشؤه: من أنه عقد أو إباحة،

قوله: (ولو زنا العبد بأمة غير مولاه فالولد لمولى الأمة، ولو زنا بحرة فالولد حر).

المراد إنه إذا زنا العبد فعصل الولد من دون أن يكون ثم عقد نكاح، ووجه كون ولد لمولى الأمة أن الراي لا إماء له فلا ولد له، وأما كان الولد كالحرة من الأم وحب أن يكون لمولاه، ووجه كونه حراً من أن الزاني لا ولد له

والأصل في الولد الحرية، لأن الأصل في كل إنسان ذلك، والرقية إنما تثبت بأمر طارئ، وهو منتف هنا.

فإن قيل: الولد نساء الأب فيكون لمولاه قلنا: هو أيضاً نساء الأم الحرة فيجب أن لا يكون عليه سلطان.

والحاصل أنه مع النكاح في الولد التفصيل السابق، وفي السفاح ما ذكرناه، ولا بعد في اختلاف الحكم باختلاف السبب، ولظاهر أن هذا لا خلاف فيه بين الأصحاب.

قوله: (ولو زوّج عبده أُمته ففي اشتراط قبول المولى أو العبد اشكال، ينشأ من أنه عقد أو إباحة).

لا ريب أن انكاح السيد العبد من أُمته يستدعي صيغة من طرف السيد هي صورة إيجاب، لكن هل يشترط القبول إما من المولى أو من العبد؟ فيه قولان للأصحاب واشكال عند المصنف ينشأ من احتمال كونه عقداً، والعقد إنما يتحقق

بلايجاب والقبول. ومن احتمال كونه اباحة، فيكفي فيه الايجاب من السيد، كما في كل اباحة. ووجه الأول صحة العلاء عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سأله عن الرجل كيف يسكن عيده أمته؟ قال: «يجريه أن يقول: قد انكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله أو قبل مولاه، ولا بد من طعام أو دراهم وسحو ذلك»<sup>(١)</sup> وجه الاستدلال به أنه عليه السلام ساء نكاحاً والنكاح هو العقد، وأمر باعطاء شيء، ولا يجب المهر إلا في العقد دون الاباحة فإن قيل: (قد) إنما تدخل على لأفعال، وصح العقود اشياء قلنا لا يمتنع دخولها على لفظ الانشاء من حيث انه صورة الفعل، ولا شك أنه إن امتنع دخولها على العقد امتنع دخولها على الاباحة لاشتراكها في لا إنشاء فإن قيل: على تقدير كونه عقد لا يجري انكحتك، وقد حكم عليه السلام باجرانه فلا يكون عقداً.

قلنا المسؤول عنه هو النكاح السيد، وهو ما يكون معتبراً من جانبه، أما القبول فليس بمسؤول عنه، فإنه يحور وقوعه من جانب العبد، ونسبية هذا نكاحاً يسلم اعتبار القبول، فيكون ذلك كافياً في الدلالة عنه

وكذا رواية علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام الماضي إنه سئل عن المملوك أيحل له أن يوطأ أمه من غير تزويج إذا حل له مولاه قال: «لا يحل له»<sup>(٢)</sup> وجه الاستدلال به أنه عليه السلام نفى حل الوطء بالتحليل من دون التزويج، فانهصر الحل في العقد؛ لأنه لا واسطة في حل، يبرج بين العقد والمملوك.

وجه الثاني صحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال سأله عن قول الله تعالى: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ قال: «هو أن يأمر

(١) الفقيه ٢٨٥:٣ حديث ١٣٥٤

(٢) التهذيب ٢٤٤:٧ حديث ١٠٦٢، الاستبصار ١٣٧:٤ حديث ٤٩٥

الرجل عبده ونمته أمته فيقول له: اعترن مرأتك ولا تقر بها، ثم يجيبها عنه حتى تحيض ثم يمسه<sup>(١)</sup>.

وجه الاستدلال به أنه عليه السلام حمل رفع هذا الحمل بيد المولى، ولو كان نكاحاً لكان رفعه بيد الزوج، لأن رافع العقد إما الطلاق، أو الموت، أو تجديد ملة أو نحلة أو الفسخ بتجدد الملك أو اعتق، أو بالعيب أو التدليس بالاستقراء، وبما عدا الأول معلوم الانتفاء هنا.

وكذا الأول، لأن الطلاق لا يكون إلا بيد الزوج، لقوله عليه السلام: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»<sup>(٢)</sup>، ولأن الأمر بالاعتزال لا بعد طلاقاً قطعاً.

ولقائل أن يقول إن احصار رافع لنكاح فيها ذكر لا دليل عليه إلا الاستقراء وليس حجه، ولم لا يجوز أن يكون هذا الأمر بالاعتزال ضرباً من الفسخ للنكاح، جعله الشارع بيد السيد ارتفاقاً بحاله، ولا وجه للتوقف فيه بعد ورود النص الصحيح الصريح به. هذا مع أن المتبادر من (لمحصنات) في قوله تعالى: ﴿والمحصنات من النساء﴾ المروجات، فتكون الآية حجة على كونه عمداً من هذا الوجه.

والأول أوجه، وهو قول المفيد<sup>(٣)</sup>، والشيخ<sup>(٤)</sup>، وجماعة<sup>(٥)</sup>، والثاني قول ابن ادريس<sup>(٦)</sup>.

واعلم أن اعتبار القبول على كل من التقديرين أولى؛ لأن الأمر في الفروج

(١) النساء: ٢٤، الكافي ٥: ٤٨٩ حديث ٢، والتهذيب ٧: ٢٤٦ حديث ١٤١٧

(٢) سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢ حديث ٢٠٨١، سنن البيهقي ٧: ٣٦٠

(٣) لمعة: ٧٨

(٤) نهاية: ٤٧٨

(٥) مهم أبو انصلاخ الخليلي في الكافي في سنة ٢٩٧، ومن البراج في تهذيب ٢: ٢١٨

(٦) السرائر: ٣٠٦

وفي وجوب اعطائها من مال المولى شيئاً خلاف.

مبني على الاحتياط التام، وسيأتي أن التحليل تملك للصيغة، والتمليك لا يكون إلا بالقبول.

قوله: (وفي وجوب اعطائها شيئاً من مال المولى خلاف).

ذهب الشيخان<sup>(١)</sup>، وأبو الصلاح<sup>(٢)</sup>، وابن البراج<sup>(٣)</sup>، وابن ادريس<sup>(٤)</sup>، وابن حمزة<sup>(٥)</sup> إلى وجوب الاعطاء؛ عملاً برواية محمد بن مسلم السابقة<sup>(٦)</sup>، وهي وإن تضمنت اعطاءها شيئاً من قبل العبد أو المولى، إلا أن الذي يعطيه العبد ملك المولى، فإن الذي يكون من قبل العبد، بما يكون من كسبه، وحيث على التقديرين يكون الاعطاء من مال المولى.

وذهب المصنف<sup>(٧)</sup>، وجمع من المتأخرين إلى عدم الوجوب؛ لأن مهر المملوكة إذا وجب استحققه المولى، إذ هو عوض لبصع المملوك له واستحقاقه على نفسه غير معقول.

لا يقال، لا يمنع كون المهر للمملوكة، واستحقاق المملوك على سيده في الجملة غير مسموح، فإنه يستحق عليه النفقة وما جرى مجراها كالكفن، وقد وردت الرواية بذلك فيجري على ظاهرها.

لأننا نقول أما النفقة وما جرى مجراها فإنها ليست عوضاً عن شيء، وإنما هي من توبع المأثية التي لا بد منه، بخلاف المهر الذي هو عوض البصع المملوك للمولى، فإنه

(١) المفهم: ٧٨، النهاية: ٤٧٨

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٧

(٣) المذهب: ٢١٨، ٢

(٤) السرائر: ٣٠٦

(٥) الوصيلة: ٣٦

(٦) الفقه: ٢٨٥، ٢ حديث: ١٢٥٤

(٧) المختلف: ٥٦٧

ولو اعتقا فأجازت قبل الدخول أو بعده مع التسمية وعدمها  
فإشكال.

يستحيل كون العوض غير مالك المعوض ، ونحمل الرواية على الاستحباب المؤكد لما  
فيه من جبر قلبها ورفع مرله العبد عندها، وهذا أقوى، ولبه على الاستحباب الأمر  
بإعطاء درهم أو طعام، إذ لو وجب لكان الواجب إما يسمى أو مهر المثل بالدخول،  
وهو خلاف المصوص .

فإن قيل: فيلزم حلو النكاح عن المهر في العبد ولدخول معاً.  
قلنا، لما امتنع ثبوته هنا لم يكفل عدمه وجوبه محذوراً، وليس ذلك بأعجب من  
الحماية فإنها توجب الأرض، إلا إذا جنى العبد على سيده فلا شيء وإن عتق، وكذا  
أنلاف المال موجب للصمان إلا ههنا .  
إذا تقرر ذلك فاعلم أن الشارح الفصل ولد المصنف بسى القول بالوجوب  
على مدمات آثار التكلف ظاهرة عندها، ورغم أنه متى سمعت أحدها لا يتم  
الوجوب<sup>(١)</sup>، وليس كما قال؛ لأن منها أن المملوك لا يملك على المولى شيئاً، ولو سمعت  
هذه لم يمتنع القول بالوجوب، بل كان لقول به حينئذٍ أظهر  
ثم أرجع إلى عبارة الكتاب وعلم أن المصنف تردد في كون تزويج السيد عبده  
أمنه عقداً أو إباحة، ثم ذكر الخلاف في وجوب إعطائها شيئاً، ولا شك أن الوجوب  
لا يأتي على كل من القوين، بل إنما هو على القول بكونه عقداً، إذ لإحفاء في عدم  
الوجوب على تقدير كونه إباحة، فكان الأحسن أن يقول فعلى القول بكونه عقداً  
فهل يجب إعطاؤها إلى آخره.  
قوله: (ولو اعتقا فأجازت قبل لدخول أو بعده مع التسمية وعدمها  
فإشكال).



هذه المسائل من أحكام تزويج السيد عبده من أمته، وتحريرها. إنه إذا تحدد عتقها بعد التزويج تحيَّرت في بقاء الكاح ومسحه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. فإن اختارت المسح فلا بحث، وإن اختارت الإحارة فإما أن يكون العتق قبل لدخول أو بعده، وعلى التعديرين هما أن يكون قد سُمِّي لها مهراً في العقد أو لا، فهذه أحوال أربعة.

وفي حكمها بالنسبة إلى بقاء الكاح وثبوت مهر اشكال، هذا هو الظاهر من العبارة، فإنه ذكر الخلاف في كونه هدى للتزويج عقداً أو إباحة، ثم ذكر الخلاف في وجوب المهر وعدمه، ولم يذكر منعني لاشكال فيناسب عوده إلى جميع ما ذكره، ويمكن تعلقه بالمهر خاصة لقربه، وتحققها في مباحث

الأول إذا اعتنا قبل لدخول مع التسمية وأحازت، ومشأ الاشكال في بقاء الكاح: من كونه عقداً وقد أحازته بعد لعتق فيسمى ومن أنه إباحة تابعة للملك فيرول برواله، ومنشؤه في المهر قريب من ذلك، فإنه على القول بكونه إباحة لا مقتضى للمهر والتسمية لاغية.

وعلى القول بكونه عقداً محتمل لعدم: لامتناع ثبوته، لاستلزام المحال، وهو ثبوته للسيد على نفسه فتلفوا التسمية.

ويحتمل الثبوت، إما بناء على القول بوجوبه على السيد للأمة بالعقد، أو إجراء هذا العقد بالنسبة إلى المهر مجرى العقد الفصولي إذا منعنا من وجوبه على السيد، لكن الوجوب على الزوج لا محالة.

ويحتمل وجوب مهر المثل إلقاءً للتسمية، فبالدخول يجب مهر المثل على الزوج.

الثاني. الصورة بحالها ولم يسم مهراً، والحال في بقاء النكاح كما سبق. وأما الاشكال في المهر فمنشأؤه من أنه لم يجب في الابتداء فلا يجب بعد ذلك، وقد استحق

الزوج البضع بغير عوض فلا يجب عليه المهر. ومن أنها كمعوضة لبضع لا اشتراكها في إخلاء العقد عن ذكر المهر، وقد ملكت بضعها قبل الدخول فيجب لها مهر المثل بالدخول على الزوج؛ لأن موجب المهر به يتحقق بعد العتق، وإن طلق وحبب المتعة، وإن مات أحدهما قبل الدخول فلا شيء.

الثالث أن يكون العتق بعد الدخول مع التسمية، فأما النكاح فعلى ما سبق، وأما مهر فمشتأ الاشكال فيه من تكافؤ الاحتمالات فإنه على القول بكونه باحة تلغو التسمية.

وعلى القول بكونه عقداً محتمل عدم وجوب شيء، لأنها إذا لم يجب لها شيء بالعقد والدخول لا يجب لها شيء بعد ذلك، ولأن المهر لو وجب لوجب للسيد، وهو محتتمع هنا.

وبحتمل الوجوب؛ لأن لنكاح الصحيح ونوطء المحرم يمنع خنوها من المهر، وقد ورد في الأخبار الأمر بإعطائها شيئاً، وأما الذي يجب أهو المسمى أم مهر المثل؟ فيه اشكال ينشأ من وقوع العقد صحيحاً، وقد تضمن التسمية فيستصحب حكمها، ومن أن التسمية على القول بإلغائها لاحكم لها، فيجب مع الدخول مهر المثل على السيد؛ لأن ذلك عوض لوطء لمحترم، هذا إذا لم يكن قد عطاها شيئاً. أما مع الاعطاء فالمناسب أن لا يجب غيره، ولا يخفى أن بعض هذه المقدمات في موضع المنع.

الرابع: الصورة بعاطاها لكن لا تسمية هنا، والاشكال هنا في بقاء النكاح، وفي ثبوت مهر المثل على السيد وعدمه. هذا تحرير المسألة، وأما تحقيقها فإن أكثر دلائل هذه المسألة مدخولة والمتجه عدم وجوب شيء إلا إذا حصل العتق قبل الدخول، فإنه يحتمل وجوب مهر المثل على الزوج، ويحتمل على التسمية وجوب المسمى أما على السيد أو على الزوج.

ولو مات كان للورثة الفسخ لا للأمة.

ولو تزوج العبد بمملوكة، فأذن له مولاه في شرائها، فإن اشتراها لمولاه، أو لنفسه بإذنه، أو ملكه إياها بعد الابتياح وقبلنا إنه لا يملك فالعقد باق، وإلا بطل إذا ملكها.

قوله: (ولو مات كان للورثة لفسخ لا للأمة).

أي: لو مات مولى العبد والأمة، لم يحوث عنها وهما على الرقية كان للورثة فسخ النكاح كما كان للمورث؛ لأنها ملك للورثة، ولا يشت الفسخ للأمة، لا انتفاء المقتضى له في جميعها

قوله: (ولو تزوج العبد بمملوكة فأذن له مولاه في شرائها، فإن اشتراها لمولاه، أو لنفسه بالاذن، أو ملكه إياها بعد الابتياح، وقبلنا إنه لا يملك فالعقد باق، وإلا بطل إذا ملكها)

أي: لو تزوج العبد بمملوكة لعير مولاه، فأذن له مولاه في شرائها، إما للمولى أو لنفسه، فإن اشتراها لمولاه، فالنكاح يورث لأن انتقال المملوك من مالك إلى آخر لا يقتضي فسخ النكاح، لكن للمولى الفسخ متى أراد، كما لو روج أمته عبده ابتداء، وفي رواية محمد بن مسلم السابقة ما يدل على ذلك

ولو اشتراها لنفسه بالاذن، فإن قبلا، إن العبد لا يملك فالنكاح بحاله والشراء باطل، ولو قبلنا: إنه يملك صح الشراء وبطل النكاح؛ لدخولها في ملكه وقد سبق أنه إذا طرأ الملك على النكاح انفسخ النكاح. وكذا لو ملكه إياها بعد ابتياحها له، ولو اشترى لنفسه بغير إذن وقف على اجرة المولى، فإن لم يحجره بقي النكاح

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (أو لنفسه بالاذن) يريد به أن المولى أذن له في شرائها لنفسه، ولا يعني عن ذلك قوله (فأذن له مولاه في شرائها)؛ لأن الاذن في الشراء في الجملة لا يقتضي الاذن في الشراء لنفسه.

وقوله: (وإلا بطل) معناه: وإن قبلنا إن العبد يملك بطل العقد إذا اشتراها

ولو تحرر بعضه واشترى زوجته بطل لعقد وإن كان بهال مشترك.  
ولو اشترى الحر حصة أحد الشريكين بطل العقد وحرم وطؤها، فإن  
أجاز الشريك النكاح بعد البيع ففي الجواز خلاف، وكذا لو حللها،

---

لنفسه بالادن له في ذلك، أو ملكه إياها بعد لا يتباع له  
وقائدة قوله: (إذا ملكها) أن قوله: (ولعقد باق) وقع جواباً عن ثلاث مسائل،  
فلو اقتصر على قوله: (وإذا بطل) لاقتضي نبوته البطلان في المسائل الثلاث، إذ قلنا  
إن لعبد يملكه، وليس كذلك؛ لأن شرائها إياه لم يولم لا ينافي النكاح على حال، إذ  
المنافي دخولها في ملكه على ما قررناه.  
قوله: (ولو تحرر بعضه واشترى زوجته بطل العقد وإن كان بهال  
مشترك).

لأريب أنه إذا تحرر بعض المملوك حررت على ذلك البعض أحكام الحرية، من  
حصول المملك وتوابعه من البيع والشراء ولتملك والتملك  
فإذا اشترى هذا زوجته المملوكة بهال اكتسبه ببعضه الحر واحتص بمملكه  
ملكها لا يملكه، وانفسخ النكاح بدخولها في ملكه.

وإن اشتراها بهال مشترك بينه وبين المولى كالحاصل بكسبه كله، فإن يملك  
منها بقدر نصيب الحرية، لأن الشراء إياها يعد في قدر نصيبه من الثمن، وينفسخ النكاح  
أيضاً؛ لأن ملك البعض يقتضي مسخه بالنسبة إليه، وحيث أنه ينفسخ كله؛ لأن  
النكاح لا يجمع الملك أصلاً ولا يتبعص؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ  
مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾<sup>(١)</sup>.

قوله: (ولو اشترى الحر حصة أحد الشريكين بطل العقد وحرم  
وطؤها، فإن أجاز الشريك النكاح بعد البيع ففي الجواز خلاف، وكذا لو  
حللها).

تحرير المسألة: إنه إذا عقد الحر نكاحاً على أمة مشتركة بين اثنين، حيث يجوز له العقد على الأمة، ثم اشترى حصة أحد الشريكين المصع النكاح، لما اسلفناه غير مرة، وحيث فيحرم الوطء؛ لاستلزامه التصرف في مال الشريك، وما الذي تحمل به حيث؟ اختلف الأصحاب على أربعة أقوال:

الأول. إنه لا طريق إلى حلها، لأن ملك جميعها؛ لأن أمر الفروج مبني على الاحتياط التام فلا يتعدى سبب الحل، وقد حصر سبحانه وتعالى السبب في شيئين العقد والملك في قوله تعالى ﴿والذين هم لفروجهم حافظون﴾ إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيماهم<sup>(١)</sup> والتفصيل قاطع للشركة فلا يكون الملقق منها سبباً وللإجماع على ذلك.

فإن قيل: لا دلالة في الآية على المطلوب، لاحتياطها إرادة مع الحلو خاصة، والدلالة موقوفة على إرادة منع الجمع أيضاً وهو غير معلوم.

قلنا. لا سلم أن الدلالة موقوفة على إرادة مع الجمع، فإن العروج ممنوع منها بالتحص والإجماع إلا بالعقد أو الملك، ولم يثبت كون الملقق منها سبباً تاماً؛ لأن أقل الأحوال في الآية كونها محتملة فيستصحب حكم المنع، وهذا القول مختار ابن الجنيدي<sup>(٢)</sup> وجمع من المتأخرين<sup>(٣)</sup>.

الثاني: حلها بالعقد على ما ذكره الشيخ في النهاية، فإنه قال: حرمت عليه إلا أن يشترى النصف الآخر، ويرضى مالك نصفها بالعقد فيكون ذلك عقداً مستأنفاً<sup>(٤)</sup>.

(١) المؤمنون، ٥-٦.

(٢) نقله عنه العلامة في المختار ٥٦٨.

(٣) منهم فخر المحققين في الإيضاح ١٤٩:٢.

(٤) النهاية، ٤٨٠.

وتبعه ابن البراج وأورد أن العقد الأول قد بطل، لشرائه النصف، فكيف يصير صحيحاً بالاحازة، وأنه قد وقع أولاً برصاء ولم يتحدد له ملك فلا يتوقف على اجازته<sup>(١)</sup> وأجاب المحقق ابن سعيد في لكت بأن المراد ايقاع البيع على النصف الثاني، فكأسه قال: إلا أن يشترى لنصف الآخر من البائع ويرضى مالك ذلك النصف بالعقد، فتكون الاحازة له كالعقد المستأنف، ويكون الألف في قوله: (أو سهواً من الناسخ، أو يكون بمعنى الواو ولا يحصى ما في هذا التأويل من البعد، والقول بحلها بالعقد أبعد.

وقال المصنف في المختلف في تحقيق كلام الشرح والوجه عدي أن لاشارة بذلك إلى العقد الأول وبطلانه في حق الشريك ممنوع<sup>(٢)</sup>، ويضعف بأنه لا معنى للرضى بالعقد حينئذٍ من مالك النصف مع لزوم التبعض.

الثالث: حلها بأباحة الشريك، وهو قول ابن ادريس<sup>(٣)</sup>، لأن لأباحة شعبية من املك، لأنها تقلبك للمنفعة، فيكون حل جميعها بائدك، ويؤيده رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام. في جاريه بن رحلين دبرها جميعاً، ثم أحل أحدهما فراحها لصاحبه قال: «هو له حلال»<sup>(٤)</sup>!

وهذا القول محتمل إلا أن المنع أحوط؛ لتوهم تبعض السبب.

الرابع: حلها منعة إذا جرى بين الشريكين مهياة على خدمتها، وعقد عليها منعة في نوبة الشريك الآخر بإدبه؛ لاحصاه بمنفعة تلك المدة، وليس بشيء؛ لأن منعة البضع لا تدحل في المهابة، ولا تخرج بذلك عن لتبعض.

(١) تهذيب ٢: ٢٩٩

(٢) مختلف ٥٦٨

(٣) لسائر ٣٠٦

(٤) لقيه ٣: ٢٩٠ حديث ١٣٨٠، التهذيب ٧: ٢٤٥ حديث ١٠٦٢

ولو ملك نصفها وكان الباقي حراً لم تحل بالملك ولا بالدائم.

وهل تحل متعة في أيامها؟ قيل: نعم.

ثم ارجع إلى عبارة الكتاب واعدتم أن قول المصنف: (فإن أجاز الشريك الكاح بعد البيع...) إشارة إلى قول الشيخ<sup>(١)</sup>:

وقوله: (وكذا لو حللها) معناه وكذا في الحوار خلاف لو حللها الشريك لشريكه، فهو إشارة إلى قول ابن ابي عمير<sup>(٢)</sup>:  
قوله: (ولو ملك نصفها وكان الباقي حراً لم تحل له بالملك ولا بالدائم، وهل تحل متعة في أيامها؟ قيل: نعم).

قد يبين أن سبب حل العرواح لا يتعمد ولا يتعلق من سببين مختلفين، فعلم أنه لو ملك نصف أمة وكان نصفها الآخر حراً، لا يحل له وطؤها بالملك على حال من الأحوال، لأن ملكه إنما هو النصف خاصة، فإن نصف الآخر حر، وليس ملك النصف كافياً في حل الجميع.

وكذا لا تحل بالاباحة؛ لأنها إنما تصح من مالك الرقبة، أما المرأة فلا يصح تحليلها نفسها اجماعاً، وكذا لا تحل بالعقد الدائم اتفاقاً؛ للزوم تبعض السبب. وهل يحل له وطؤها متعة إذا هياها، وعقد عليها المتعة في أيامها؟ فيه قولان: أحدهما - وبه قال أكثر الأصحاب<sup>(٣)</sup> - لمع؛ للتبعض المنوع منه، فإنه لم يخرج بالمهاياة عن كونه مالكاً للبعض ومنافع لبضع لا يتعلق به المهاياة قطعاً، ولا يحل لها المتعة بغيره في أيامها.

والثاني: وبه قال الشيخ في النهاية الحوار<sup>(٤)</sup>، عملاً بما روي عن الباقر عليه

(١) النهاية، ٤٨٠.

(٢) السرائر ٣٠٦.

(٣) انظر ايضاح العوائد ١٤٩٣، النسخ الرابع ٣، ١٤٥٠، المختصر النافع ٨٤.

(٤) النهاية ٤٩٤.

وهل يقع عقد أحد الزوجين الحر العلم بعبودية الآخر فاسد، أو موقوفاً على اذن المالك؟ الأولى الثاني، فحيث لو اعتق قبل الفسخ لزم العقد من الطرفين.

السلام في جارية بين شريكين دبرها جميعاً، ثم أحل أحدها فرجها لشريكه فقال: «هو حلال»، ثم قال: «وايها مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذي مات ونصفها مديراً» قلت: أرايت إن أرد الباقي بمها أن يمسها أله ذلك؟ قال «لا إلا أن يشهد عتقها ويتزوجها برضى منها متى ما أرد» قلت له: أليس قد صار نصفها حراً وقد ملكت نصف رقبها والنصف لأجل الثاني منها؟ قال: «هلى» قلت: فإن هي حملت مولاه في حل من فرجها فأحلت له ذلك قال «لا يجوز له ذلك» قلت: ولم لا يجوز لها ذلك كما أجزت للذي كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه فيها؟ قال: «إن المرأة لا يهب فرجها ولا تعيره ولا تحلله، ولكن لها من نفسها يوم وللي ديها يوم، فإن أحببت أن يتزوجها متعة في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيمتنع منها بشيء قل أو كثر»<sup>(١)</sup>.

وقد تقدم صدر هذه الرواية، ولا شك أن الأمر في العروج شديد فلا يحترى عليها بمثل هذا الحديث، وينبغي التمسك بالتحريم إلى أن يوجد ما يصح دليلاً للجواز.

قوله: (وهل يقع عقد أحد الزوجين الحر العلم بعبودية الآخر فاسداً، أو موقوفاً على اذن المالك؟ الأولى الثاني، فحيث لو اعتق قبل الفسخ لزم العقد من الطرفين).

تقدم أنه إذا تزوج العبد أو الأمة بعير اذن لمولى هل يكون العقد باطلاً من أصله، أو موقوفاً على احازة المالك؟ وقد تقدم أيضاً أنه إذا تزوج الحر الأمة بدعواها



الحرية ودخل يلزمه المسمى، لصحة العقد ظاهراً، وفيه ما يكون أحد الزوجين الحر عالماً بعبودية الآخر، ليكون العقد ظاهراً وباطناً فاسداً أو موقوفاً، وذلك لأن كلاً من الزوجين ممنوع من إيقاع العقد، بخلاف ما لو كان الحر جاهلاً بالعبودية، فإنه من طرفه لا مانع من صحته.

والأصح كونه موقوفاً لأن السبي في غير العبادات لا يدل على الفساد، ولو دل لم يفرق بين ما إذا توجه إلى أحد الجانبين، وبين ما إذا توجه إلى كليهما. وتتفرع على ذلك ما إذا اعتق المملوك من الزوجين قبل فتح المولى العقد، فعلى القول بوقوع العقد باطلاً من أصده هو على حكم البطلان، فإن العتق لا يصححه. وعلى الأصح وهو وقوعه موقوفاً يلزم بالعتق من الطرفين، لو وقع صححاً في نفسه.

وإنما منع لزومه عبودية أحد الزوجين وقد زالت، وإذا انتفى المانع عمل المقتضي عمله.

فإن قيل قد سبق في البيع أنه لو باع مال غيره مصولياً ثم ملكه وأجار في الصحة إشكال، وهنا جزم بصحة النكاح إذا اعتق الرقيق من الزوجين، فما الفرق؟. قلنا، يمكن الفرق بأن نقل الملك إلى البائع المصولي ينهي العقد الفضولي؛ لأن مقتضاء نقل الملك إلى المشتري، وهو ممتنع حين الانتقال إلى البائع، ومع وجود المناقاة تمتنع الصحة، بخلاف المصولي في الصورة المذكورة؛ لأن مقتضاء ثبوت النكاح لولا المانع وهو الرقية، وبالعقود المانع هو حسب الحكم بعلوم العقد.

ولقائل أم يقول: إن المانع ليس هو الرقية بل عدم إذن المولى، وذلك باق غير زائل، وقد توقف صحة العقد عليه فلا يحكم بصحته لتعذر العتق ومثله ما لو باع المملوك قبل أجازة العقد.

واعلم أن المضاف إليه المحذوف في قول المصنف (فحينئذ) تقديره فحين إذ

**الفصل الثاني: في مبطلاته، وهي ثلاثة: العتق، والبيع، والطلاق.**

**المطلب الأول: في العتق:**

إذا اعتنقت الأمة وكان زوجها عبداً، كان لها الخيار على الفور في

الفسخ والامضاء، سواء دخل أو لا.

كان الأولى القول بكون العقد موقوفاً، خذف ونحوه التنوين عنه.

قوله: (الفصل الثاني: في مبطلاته، وهي ثلاثة: العتق، والبيع،

والطلاق).

الصمير في (مبطلاته) يعود إلى العقد على الإمام، وسمى العتق والبيع وإبطال مبطلات له محاراً، من حيث أن كلًّا من العتق والبيع يؤل إلى إبطاله في كثير من الصور، وليس جمع مسامها سبطه له، فإن من اعتق مملوكته المروحة تخدّرت كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ولو باعها تخيّر المشتري، ولو كانت موطومة له حرم وطؤها بالعتق والبيع، وهنا كلام وهو أن مبطلات نكاح الإمام لا يتحصّر فيها ذكره، فإن اللعان من المبطلات على قول، والفسخ بالعيب والاسلام ولا رتد كدك، وكذا أمر المولى عيده بما يمتزّل روحته مملوكة المولى ومنع المحلل له.

قوله: (المطلب الأول: في العتق، إذا اعتنقت الأمة وكان زوجها عبداً

كان لها الخيار على الفور في الفسخ والامضاء، سواء دخل أو لا).

لاخلاف بين العلماء في أن الأمة المروحة بعيد إذا اعتنقت ثبت لها الخيار؛ لما

روى العامة والخاصة أن بريرة عتقت فخيّرها رسول الله صلى الله عليه وآله، ورووا



يكن لها الفسخ قبل الدخول، وإلا يسقط المهر فلم يخرج من الثالث،  
فبطل عتق بعضها فيبطل خيارها فيدور.

عتقها، لم يكن لها الفسخ قبل الدخول، وإلا يسقط المهر فلم يخرج من  
الثالث، فيبطل عتق بعضها، فيبطل خيارها فيدور.

هذا استثناء من قوله: (سواء دخل أو لا) وتحقيقه أنه لا فرق في ثبوت الخيار  
باعتق ادا وقع بعد لدخول أو قبله إلا في لعرض المذكور، وهو ما اذا كان لشخص  
حارية فيمتها مائة مثلاً وهو يملك مائة أخرى، فزوجها بمائة، سواء كان في حال صحته  
أو مرضه من غير فرق بينهما، لأن الزوجية لا يتضمن تلافياً بل اكتساباً للمهر، فوقعه  
في الصحة والمرض سواء.

وقد تضمنت عبارته الكتاب وقوع السروج في المرض وليس بحسن، لأنه يوهم  
كون ذلك عبداً للمسألة، نعم لا بد لتكميل الموضع من كون الاعتاق قد وقع في المرض  
قبل الدخول، فإنه حينئذ لا يثبت لها خيار الفسخ، بد لو ثبت لأدى ثبوته إلى عدم  
ثبوته، وذلك لأنه لو ثبت ففسخت لسقط مهر، فإن الفسخ قبل الدخول من جانب  
الروجة يسقط للمهر كما علم غير مرة.

وأذا سقط المهر انحصرت الحركة في الحارية والمائة، فلم ينعذ العتق في جميعها،  
بل يبطل فيما راد على ثلث الحركة، وحينئذ فيبطل خيارها؛ لأن الخيار إنما يثبت اذا  
اعتق جميعها قطعاً، فيكون ثبوته مؤدياً إلى عدم ثبوته، وذلك هو الدور، فتعين قطعاً  
الحكم بانتعائه وهذا بخلاف ما لو كان العتق في حال الصحة فإنه حينئذ لا يعتبر  
من الثالث، فالخيار بحاله.

وكذا لو كان العتق في الفرض لسابق بعد الدخول؛ لأن المهر لا يسقط حينئذ  
بانفساخ النكاح. وقول المصنف (في مرضه) يريد به مرض موته، واعتمد في ذلك على  
ظهور الحال.

ولو كانت تحت حر ففي خيار الفسخ خلاف.

قوله: (ولو كانت تحت حر ففي خيار الفسخ خلاف).

اختلف الأصحاب في ثبوت الخيار للأمة د اعتقت والزوج حر، فقال الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup>، وابن الحيد<sup>(٢)</sup>، والمفيد<sup>(٣)</sup>، وابن الراجح<sup>(٤)</sup>، وابن ادريس<sup>(٥)</sup>، والمصنف في المختلف<sup>(٦)</sup> وغيره<sup>(٧)</sup>، إن لها الخيار.

وقال في المبسوط<sup>(٨)</sup>، والخلاف ليس ها

والأصح الأول، لما عموم صحيحة أبي الصباح الكتاني عن الصادق عليه السلام قال: «أيما امرأة اعتقت فأمرها ببنتها» إن شاءت أقامت وإن شاءت هارقت<sup>(٩)</sup>.

ورواية زيد الشعام عن الصادق عليه السلام قال: «إذا اعتقت الأمة ولها زوج حُرَّت وإن كانت تحت حر أو عبدة<sup>(١٠)</sup>»، وقريب من هذه رواية محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام<sup>(١١)</sup>، وغير ذلك من الاخبار<sup>(١٢)</sup>.

(١) النهاية ٤٧٦

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٦٥

(٣) المصنف ٧٧

(٤) المهذب ٢: ٢١٦

(٥) السرائر ٣٠٥

(٦) المختلف: ٥٦٥

(٧) التحرير ٢: ٢٤٢

(٨) المبسوط ٤: ٢٥٨

(٩) الخلاف ٢: ٢٢٨ مسألة ١٣٤ كتاب النكاح

(١٠) التهذيب ٣: ٢٤١٧ حديث ١٣٩٤

(١١) التهذيب ٣: ٢٤٢٧ حديث ١٤٠١

(١٢) التهذيب ٣: ٢٤٢٧ حديث ١٤٠٠

(١٣) التهذيب ٣: ٢٤١٧ حديث ١٣٩٩

وإذا اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر وثبت

بعده.

احتج الشيخ بأن الأصل لزوم العقد وحدث الخيار يحتاج إلى دليل، وبما رواه ابن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام: «من كان لبريرة زوج عبداً، فلما اعتقت قال لها النبي صلى الله عليه وآله: اختاري»<sup>(١)</sup>

وجوابه: إن الأصل يعدل عنه للدليل وقد بيناه، والرواية لا تدل إلا بفهم المحالفة، وهو ضعيف في نفسه فكيف مع معارضة المطلق له، على أنه قد روي أيضاً أن زوج بريرة كان حراً<sup>(٢)</sup>، فسقط الاستدلال بالرواية أصلاً.

وقد علم من ثبوت الخيار إذا كانت تحت حر ثبوته إذا كان مبيعاً بطريق أولى، وأولى منه المكاتب والمذبر.

قوله: (وإن اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر وثبت بعده).

منى اختارت المعتقة الفسخ في موضع ثبوت الخيار، وهو ما إذا كان الزوج عبداً، أو حراً على القول بثبوته مع الحر، فإما أن يكون اختيارها للفسخ قبل الدخول أو بعده.

فإن كان قبل الدخول سقط المهر كله؛ لأن الفسخ قبل الدخول من المرأة موجب لسقوط المهر، كما تقرر غير مرة.

أما لو كان بعده فإن ثبوت المهر بحاله؛ لأنه قد تقرر بالدخول، فلا يسقط بالفسخ الطاريء بعده، سواء كان العتق قبل الدخول أو بعده.

وفصل المصنف في التحرير<sup>(٣)</sup> تبعاً للمبسوط<sup>(٤)</sup> بأنها إذا فسخت بعد الدخول،

(١) التهذيب ٧/ ٣٤١ حديث ١٣٩٥

(٢) سنن البيهقي ٢٢٣: ٧

(٣) تحرير ٢/ ٢٤٤

(٤) المبسوط ٢/ ٢٥٩

ولو أخرت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها.  
ولو كان لجهالة فورية الخيار أو أصله احتمال السقوط، وعدمه،  
والفرق.

فلما أن يكون العتق وقع قبله أو بعده فإن كان بعده فلها المسمى؛ لأن الفسخ استند  
إلى العتق، وقد وقع بعد الدخول حين استقر المسمى. وإن كان قبله بأن اعتقت ولم  
تعلم به حتى دخل فإن لها مهر المثل؛ لأن الفسخ مستند إلى العتق، وهو قبل الدخول،  
فصار الوطء كأنه في نكاح فاسد يصف بأن استناد الفسخ إلى العتق لا يقتضي  
وقوعه قبل الدخول بل حين بقاءه، وحينئذ قد استقر المسمى بالدخول.  
قوله: (لو أخرت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها، ولو كان  
بجهالة فورية الخيار أو أصله احتمال السقوط، وعدمه، والفرق).

حيث تقرر أن الخيار للمصفة حيث ينشأ إياها هو على الفور، فلا شك أنها  
منى آخرته بغير عذر سقط خيارها كما هو شأن كل فوري، ولو أخرته لعذر، فإن كان  
جهالتها بالعتق لم يبطل خيارها إجماعاً، فإن الناس في سعة مما لم يعلموا.  
وإن كان جهالتها بأصل الخيار، بأن لم تعلم أن عتقها موجب لثبوت الخيار، أو  
فوريته بأن علمت ثبوت الخيار وجهت كونه على الفور، فهي كمن كون كل من الأمرين  
عذراً فلا يسقط معه الخيار أم لا، ثلاثة أوجه:

أحدها، أن لا يكون واحد منها عذراً فيسقط الخيار بالتأخير ولو مع أحدهما،  
ووجهه: إن ثبوت الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على محل اليقين، ولأن الحكم  
بفوريته إياها كان للجميع بين الحقن حق الزوجة في الخيار بالعتق، وحق الزوج في  
النكاح، فلا يختلف بهلما وجهلها ولأنه لو عذر الجهل عذراً لزم كون السيان كذلك؛  
لاشتراكهما في كون كل منهما غافلاً، والشاي باطل؛ لأن النسيان لا يخرج السبب عن  
كونه سبباً.

وثانيها، عذر كل منهما عذراً فيبقى الخيار؛ لأن ترتب الخيار على العتق وكونه

على الفور من الأحكام الخفية التي لا يطلع عليها إلا لأفراد من الناس، فلو لم يكن الجهل عذراً لانتفت فائدة شرعية هذا الخيار لأن المطلوب به الارتفاق العام، ومع الجهل فالأخير لا بد منه، والتالي معلوم البطلان

وثالثها: الفرق بين الأمرين، اعني جهل أصل الخيار، وجهل فوريته، فيبطل بالتأخير في الثاني دون الأول، ووجهه: إن مدته شرعية هذا الخيار إنها تحصل لعامة المكلمين أن لو بقي الخيار مع جهالة إيقوته، إذ لا يقصر بمن لا يعلم الحكم أصلاً؛ لخفاء مثل هذا الحكم عالياً، ومع الجهل لا طريق إلى يقاع الفسخ بحال فلا يكون مقدوراً عليه حينئذ، بخلاف جهل المورثة فإن الضرر يندفع بعلم أصل الخيار، فلا دليل على بطلانه مع التأخير.

ولأن التأخير مع تعلم بالخيار يشعر بالرصى عادة، فإن الكاره للنسيء شديد الحرص على التخلص منه إذا تمكس، ولأن تأخير الفسخ مع القدرة عليه والعلم بالخيار ينافي معنى الفور قطعاً، فيصح بقاؤه مع جهل الفورية، وهذا الاحتمال اقواها والظاهر أن التأخير للنسب مسقط، لثبوت التقصير بالتأخير إلى أن طرأ النسيان. أما الإكراه فإن بلغ الإلجام، كأنه وضع واصع يده على عم الروحه فمعناها من الاختيار فإنه عذر.

ولو حوفت بها بخاف منه عادة، ففي عد ذلك عذراً احتمالات، ولو كانت غائبة اختارت عند بلوغ الحين، ولو كانت مسردة فهي عذر تأخيرها إلى أن تصل إلى الزوج أو من تشهده على فسخها مع ميادرتها إلى ذلك احتمال.

ولو ادعت الجهل بالعتق صدقت بيعها مع مكان صدقها، إذ لا يعلم ذلك إلا من قبلها، وقريب منه ما إذا ادعت الجهل بأصل ثبوت الخيار، ولو ادعت الإكراه فالمتجه مطالبتها بالبيئة؛ لامكان قايمنتها على ذلك.

ثم عُدَّ إلى عبارة الكتاب واعلم أن قول المصنف. (احتمل السقوط) يريد به



ولو اختارت المقام قبل الدخول فالمهر للسيد إن أوجبناه بالعقد،  
وإلا فلها وبعده للمولى.

ولو لم يسم شيئاً بل زوجها مفوضة البضع، فإن دخل قبل العتق

### في المسألتين معاً.

وقوله: (وعدمه) يريد به عدم لسقوط فيها، وهو الاحتمال الثاني.

وقوله: (والفرق) يريد به الفرق بين التأخير بجهالة أصل الخبر، وجهالة  
فوريته مع العلم بأصله، فثبت في أحدهما ويستغني في الآخر، وهو الاحتمال الثالث.

قوله: (ولو اختارت المقام قبل الدخول فالمهر للسيد إن أوجبناه  
بالعقد، وإلا فلها، وبعده للمولى).

إذا أعطت الأمه المروجه، فإما أن يكون عنهما قبل الدخول أو بعده، وعلى  
التقديرين فإما أن تختار العسخ أو المقام، وعلى كل تقدير فإما أن يكون قد سمي  
المهر أو تكون مفوضة، وسيأتي حكم المفوضة إن شاء الله تعالى.

وأما حكم التسمية فإما إذا فسخت قبل الدخول يسقط المهر كما قد قدمناه،  
وليس للسيد منها من الفسخ وإن تضرر به؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر، بخلاف ما  
لو فسخت بعده، وقد سبق حكم ذلك.

وأما إذا اختارت المقام فإما أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان بعده  
فالمهر للسيد لا محالة، وإطلاق العبارة يقتضي أنه لا فرق في ذلك بين وقوع العتق قبل  
الدخول أو بعده.

وينبغي الفرق، فإذا كان بعده فالمهر للسيد لا محالة، وإن كان قبله فإن أوجبناه  
المهر بالعقد - وهو الأصح - فهو للسيد أيضاً؛ لكونها حينئذ مملوكة له، وإن أوجبناه  
بالدخول فهو لها؛ لكونها حينئذ حرة مالكة بضعها.

قوله: (ولو لم يسم شيئاً بل زوجها مفوضة البضع، فإن دخل قبل

فالمهر للسيد؛ لوجوبه في ملكه. وإن دخل بعده أو فرضه بعده، فإن قلنا صدق المفوضة يجب بالعقد وإن لم يفرض لها مهر فهو للسيد، وإن قلنا بالدخول أو بالفرض فهو لها؛ لوجوبه حال الحرية.

العتق فالمهر للسيد؛ لوجوبه في ملكه، وإن دخل بعده أو فرضه بعده، فإن قلنا صدق المفوضة يجب بالعقد وإن لم يفرض لها مهر فهو للسيد، وإن قلنا بالدخول أو بالفرض فهو لها؛ لوجوبه حال الحرية).

ما سبق حكم ما إذا سُمي لها في العقد مهرًا، وهذا حكم ما إذا لم يسم لها شيء وتحقيقه: إن المعتقد إن كانت قد زوجت مفوضة البصع، أي لم يسم لها مهر في عقد النكاح أصلًا، فإن دخل بها الزوج قبل العتق أو فرض لها المهر قبله فالمهر للسيد قولًا واحدًا؛ لوجوبه في ملكه. وإن كان دخوله بها بعد العتق، أو كان عرض المهر بعده قبل الدخول، ففي مستحقته وجهان ميباه على أن صدق المفوضة متى يجب.

فإن قلنا: يجب بالعقد، سواء عرض لها أو لم يعرض لها حتى دخل، على معنى أنه يتبين بالفرض أو بالدخول مع عدم وجوبه بالعقد، فهو حق للسيد؛ لأنها حينئذ مملوكة.

وإن قلنا: إنه يجب بالعرض إن عرض، وبالدخول إن لم يفرض، فهو لها؛ لوجوبه حال حريتها.

والثاني لا يخلو من وجه، وسيأتي إن شاء الله تعالى كمال تحقيق المسألة واعلم أن قول المصنف. (فإن قلنا: صدق المفوض يجب بالعقد وإن لم يفرض لها). يريد به التنصيص على القول بأن لصدق في التنصيص يجب بالعقد، على معنى أنه بالفرض يتبين وجوبه بالعقد وكذا الدخول إذا لم يفرض، والمعنى: أما إذا قلنا بأن العقد يستقل بإيجاب الصدق، ولا يكون للفرض دخل في إيجابه، بل يكون كاشفًا عنه فقط، فيكون وجوبه بحسب الواقع قبل حصول لعارض فيكون كاشفًا عنه،

ولو اعتقت في العدة الرجعية فلها الفسخ في الحال، فتسقط الرجعة ولا تفتقر إلى عدة أخرى بل تتم عدة الحرة.

ولو اختارته لم يصح؛ لأنه جارٍ إلى بينونة، فلا يصح اختيارها للنكاح، فإن لم يراجعها في العدة بانت، وإن راجعها كان لها خيار الفسخ فتعتد أخرى عدة حرة، وإن سكنت لم يسقط خيارها.

فإن الكشف عن الشيء فرع حصوله في نفسه، فإذا قلنا بذلك كان للسيد لا محالة. قوله: (ولو اعتقت في العدة الرجعية فلها الفسخ في الحال فتسقط الرجعة، ولا يفتقر إلى عدة أخرى بل تتم عدة الحرة ولو اختارته لم يصح؛ لأنه جارٍ إلى بينونة، فلا يصح اختيارها للنكاح، فإن لم يراجعها في العدة بانت، وإن راجعها كان لها خيار الفسخ فتعتد أخرى عدة الحرة، وإن سكنت لم يسقط خيارها).

أي: لو طلق الأمة طلاقاً رجعياً، ثم اعتقت وهي في العدة، فما أن تختار الفسخ في الحال، أو النكاح، أو تسكت على كل من الأمرين. فإن اختارت الفسخ في الحال كان لها ذلك، لاستفادتها به قطع سلطنة الرجعة، ودفع تطويل الانتظار إلى أن يراجع فتفسخ؛ لأن ذلك يقتضي أن تكون العدة من حينه.

وإذا فسخت اكملت عدة الطلاق، ولم يجب استئناف عدة أخرى؛ لانقضاء المقتضي لها، فإن العدة وجبت بالطلاق، والفسخ لا يقطعها، والواجب اكمال عدة حرة عندنا اعتباراً بما هارت إليه.

وإن اختارت النكاح في الحال لم يصح؛ لأنه جارٍ إلى بينونة، والاجارة تقتضي بقاؤه فلا ينلأقيان، كما لو طلقها رجعية فارتد، ثم راجعها وهي مرتدة فإنه لا تصح الرجعة، وحيث إن لم يراجعها في عدة بانت، وإن راجعها كان لها خيار الفسخ؛

وإذا فسخت فتزوجها بقيت على ثلاث.  
ولو اعتقت الصغيرة اختارت عند البلوغ، والمجنون عند الرشد،  
وللزواج الوطء قبله.

لبطلان الاجارة السابقة، فإن فسخت وجب عليها الاعتداد بعدة مستأنفة؛ لحدوث  
البيونة حينئذ.

ولا يخفى أن الواجب عدة حرة؛ لكونها حين الفسخ حرة، وإن سكنت ولم تختر  
واحداً من الأمرين لم يبطل خبرها؛ لأن سكوتها لا يدل على الرضى وهي بصدد  
البيونة، ومن الممكن أن لا يرخصها فيحصل الفراغ من غير احتياج إلى ظهور  
رعيته فيها.

والمحصل أن سكوتها في هذه الحالة لا ينافي القور لوجود العاطع لعلاقته  
النكاح وهو الطلاق، مع أن في السكوت سنفاده عدم اظهار طلب العرائ، وهو من  
المطالب.

واعلم أن الضمير في قول المصنف (ولو ختارته) يعود الى النكاح بقرينة  
الفسخ، وقوله (فإن لم يراجعها) متفرع على قوله (لم يصح)، وقوله (وإن سكنت)  
هي الصورة الثالثة من صور المسألة.

قوله: (وإذا فسخت فتزوجها بقيت على ثلاث).

هذا راجع إلى أصل الباب، ولا يعلق له بالبحث الذي قبله. والمراد إن المعتقة  
إذا فسخت حيث يثبت لها الخيار، فتزوجها الزوج بعقد مستأنف، بقيت عنده على  
ثلاث طلاقات؛ لأن الفسخ لا يعد في الطلاق، لا سيما إذا وقع من الروجة، فإن من  
اكتفى في الطلاق بالكتابه لا سبيل له إلى عدة طلاقها هنا، لأن ذلك إما هو في الواقع  
من الزوج.

قوله: (ولو اعتقت الصغيرة اختارت عند البلوغ والمجنونة عند  
الرشد، وللزوج الوطء قبله).

وليس للولي الاختيار عنها؛ لأنه على طريقة الشهوة.  
ولا خيار لها لو اعتق بعضها، فإن كملت اختارت حينئذ ولو لم تختار  
حتى يعتق العبد، فإن قلنا بالمنع من الاختيار تحت الحر احتمال ثبوته هنا؛

وليس للمولى الاختيار عنها، لأنه على طريقة الشهوة).  
إذا اعتنقت الأمة تحب عبد أو حر - بناء على ثبوت الخيار معه - وكانت صغيرة  
ثبت لها الخيار، لعدم الأخبار الدالة على ثبوت الخيار لكل معتقة، وكذا المجنونة.  
وليس لوليها أن يختار عنها، لأن الاختيار منوط بالشهوة والميل القلبي، فلا يعتد  
بوقوعه من الولي، لعدم علمه بما يريد الروح، بل يستظر في ذلك بلوغ الصغيره مسلماً  
بملك أمرها، وافاقه المجنونة بحيث تكمل رشدها، فتختار حينئذ على الفور.  
وللروح الوطء قبل الفسخ في المجنونة والاستمتاع في الصغيرة، بل له الوطء  
قبله مطلقاً، لبقاء الروحية ما لم يعسخ. وثبوت الخيار في أصل النكاح لا ينافي بقاء الملك  
كما لا يخفى، ووجوب الانفاق في هذه المسألة بحاله مع وجود شرائطه.  
واعلم أن إطلاق قوله (اختارت عند البلوغ) يؤذن بعدم اعتبار الرشد معه،  
فعلى هذا لو بلغت اختارت وإن كان قبل الدخول ولم يتحقق رشدها، وإن لزم منه  
سقوط المهر في صورة يجب لها، وكذا لفسخ بالعيب، وللنظر فيه مجال، وعلى ظاهر  
عبارة فيراد برشد المجنونة افاقته.

قوله: (ولا خيار لها لو اعتق بعضها، فإن كملت اختارت حينئذ).  
وذلك لأن المقتضي للخيار هو حريتها، وهي منتفية مع تحرر البعض خاصة؛  
لصدق السلب في مثل ذلك. ولا فرق بين كون الأكثر بعض الحرية أو بعض الرقية؛  
لانتفاء المقتضي أما إذا كملت حريتها فلأن الخيار يثبت حينئذ لوجود المقتضي في  
هذه الحالة.

قوله: (ولو لم تختار حتى يعتق العبد، فإن قلنا بالمنع من الاختيار تحت  
الحر احتمال ثبوته هنا؛ لأنه ثبت سابقاً فلا يسقط بالحرية كغيره من

لأنه ثبت سابقاً فلا يسقط بالحرية كغيره من الحقوق، والسقوط كالعيب إذا علمه المشتري بعد زواله.

ولو اعتقت تحت من نصفه حر فلها الخيار وإن منعنا الخيار في الحر.

الحقوق، والسقوط كالعيب إذا علمه مشتري بعد زواله).

إذا اعتقت الأمة فلم تخر، إما بناء على بقول بن الخيار على التراضي، أو لأنها لم تعلم بالعتق إلى أن عتق العبد، يسي على الخلاف في ثبوت الخيار لو عتقت تحت حر وعلمه.

فإن قلنا بالثبوت ثم فلا يثبت في الثبوت هنا، وإن قلنا بعدم احتمالها الثبوت، لأنه قد ثبت بعقدها حين وقوعه، والأصل بقاء ما كان على ما كان إلى أن يحصل المسقط كما في سائر الحقوق.

ولم يثبت أن يحدد حرته مسقط لخيارها، فلا يسقط. ويحمل السقوط لروال الضرر بروال رقيته، ولأن سبب الخيار مركب من تحديد حريتها وكونه رقياً، إذ لفرص أنها مع الحر لا خيار لها وفيه نظر، لأن سبب قد حصل، ولا يلزم من روال أحد جريته بعد ثبوت الخيار زوال الخيار عملاً بالاستصحاب.

وقول الشارح العاضل، إن بقاء الخيار مشروط ببقاء رقية الزوج؛ لأن الأصل بقاء الشرطية<sup>(١)</sup>، ليس بشيء، فإن الدليل لم يدل إلا على أنها شرط الثبوت، ولا يلزم منه الاشتراط في البقاء، والأصل لدى ادعاء لا أصل له.

قوله: (ولو اعتقت تحت من نصفه حر، فلها الخيار وإن منعنا الخيار في الحر).

لو اعتقت الأمة تحت من نصفه حر فإن قلنا بثبوت الخيار لو كانت تحت الحر فلا بحث في الثبوت، وإن منعنا ثم فالثبوت هنا اظهر؛ لأن ضرر رقية الزوج

ولو طلق قبل اختيار الفسخ احتمل ايقافه، فإن اختارت الفسخ بطل، وإلا وقع موقعه.

قائم بها، والمعتمد في الاستدلال عموم الأخبار السالفة، ولا اثر لهذا التفريع.  
قوله: (ولو طلق قبل اختيار الفسخ احتمل ايقافه، فإن اختارت الفسخ بطل، وإلا وقع موقعه).

إذا ثبت لها خيار العتق فطلقها قبل الفسخ، فإن كان الطلاق رجعياً فما لخيار بحاله، والحكم كما إذا اعتقت في العدة رجعية، وقد سبق بيانه، وإن كان بائناً ففيه وجهان.

أحدهما إنه يقع موقوفاً بمعنى أنه يراعى في الحكم بصحته وفساده اختيارها للفسخ وعدمه، فإن أخارت الفسخ في العدة ظهر بطلانه، وإن لم يخر ظهر وقوعه، وذلك لأن الخيار قد ثبت حرمة وسعيه الطلاق في الحال يقتضي إبطاله فلا يكون نافذاً. ومثله القول في الطلاق؛ لأنه قد وقع في المكاح مستحماً ما يعتد فيه، فلم يكن بد من الحكم بوقوع الطلاق مراعى فيه عدم طره الفسخ عليه، فإن فسخت تبين بطلان الطلاق، إذ لو صح لحصلت السبوبة فامتنع الفسخ، وإلا تبين نفوذ الطلاق، كما لو طلق في الردة ولم يكن عن فطرة من قبل الزوج، فإنه بالعود إلى الإسلام تبين وقوع الطلاق، وبدونه يتبين عدمه.

والثاني: وقوعه جرمًا؛ لوجود المقتضي، وهو صدور الصيغة من زوج كامل في محل الطلاق، واستفاء المانع، إذ ليس إلا ثبوت الخيار، وهو غير صالح للمانعة، فإن المقصود بالفسخ حاصل به فلم يكن بينها مناعة.

والفرق بين العتق والردة، إن لا يصاح في الردة يستند إليها، فيتبين بعدم العود في العدة أن الطلاق لم يصادف الكاح، بخلاف الفسخ بالعتق فإنه لا يستند إلى أمر سابق على الطلاق، وهذا أقرب.

واعلم أن المراد بالطلاق في الكتاب هو البائن دون الرجعي، إذ لا

ولا يفتقر فسخ الأمة إلى المحاكم.

ولو اعتق الزوج وتحتة أمة فلا خيار له، ولا لمولاه، ولا لزوجته حرة كانت أو أمة، ولا لمولاه.

ولو زوج عبده أمة ثم اعتقت أو اعتقا معاً اختارت.

يطرد الوههار في الرحعي؛ لأن تنفيذ الطلاق فيه لا يقتضي ابطال الخيار. وقد تقدم أن المعتقة لو طلقت تخيرت واحترأت بإكمال العدة، ولعل المصنف إنما أطلق هاهنا اعتقاداً على ما سبق في كلامه، وأشار إلى الاحتمال لثاني بقوله: (ووقعه)، وأراد بقوله: (احمل ابعاده) كونه مراعى، أي موقوفاً عندما لا موقوهاً في نفسه.

قوله: (ولا يفتقر فسخ الأمة إلى المحاكم).

ثبوت هذا الفسخ بالنص<sup>(١)</sup> والاحتماع، وليس فيه مده يتوقف صحتها على المحاكم، فلا يتوقف ابعاده على مراجعته المحكم والمراجع إليه بحال.

قوله: (ولو اعتق الزوج وتحتة أمة فلا خيار له، ولا لمولاه، ولا لزوجته حرة كانت أو أمة، ولا لمولاه).

ما تقدم من ثبوت الخيار بالعتق بها هو فيما إذا اعتقت الأمة المروجة، أما العبد إذا اعتق فإنه لا خيار له عندما؛ لأن لأصل في ثبوت هذا الخيار هو الخبر.

وليست هذه الصورة من الصور المستوصة في شيء، على أن التخلص بالطلاق ثابت له دونها فلا معنى لثبوته، وفي وجه للشافعية أن له الخيار كما في الطرف الآخر على حد خيار العيب<sup>(٢)</sup> ولا فرق في ذلك بين أن يكون تحتة أمة أو حرة، وكما لا يشب الخيار له كذا لا يشب لمولاه؛ لانتماء لمقتضي، وكذا لا خيار لزوجته حرة كانت أو أمة بطريق أولى؛ لروايل بقصه، وكذا لا خيار لمولى زوجته الأمة.

قوله: (ولو زوج عبده أمة ثم اعتقت أو اعتقا معاً اختارت).

(١) انتهى ٢٤١٧ حديث ١٢٩٤

(٢) المجموع ١٦ ٢٩٤



ولو كانا لاثنين فاعتقا دفعة أو سبق عتقها أو مطلقاً على رأي اختارت.

كما يثبت الخيار للأمة إذا اعتقب وهي تحت غير من هو عبد لمولاه، كذا يثبت إذا اعتقت تحت عبده، للاشراك في المعنى، لعموم الأخبار لدالة على ثبوت الخيار، وكذا لو اعتقا معاً

قوله: (ولو كانا لاثنين فاعتقد معاً دفعة، أو سبق عتقها، أو مطلقاً على رأي اختارت)

إذا كان العبد والأمة المزوجان لاثنين فاعتقا معاً دفعة تخرجت الأمة لعموم الأخبار الدالة على ثبوت الخيار هنا

وعلى القول بأنها إذا اعتقت تحت حر فلا خيار لها بالخيار هنا مسف، لأن الفرص أن عتقها وعتقه حصلاً في زمان واحد فلم يصادف حرانها عموديته أما لو سبق عتقها على عتقه فإن لها الخيار قطعاً بخلاف ما لو سبق عتقه على عتقها، فإنها لا تنخير إذا اعتقت، إلا على القول بأنها تنخير إذا اعتقت تحت حر.

وهذه الأحكام كلها ظاهرة بعد ما سبق بيانه، لكن في عبارة المصنف مناقشات. أحداها: إن حكم ما د، تقدم عتقها قد سبق بيانه، وكذا حكم ما إذا تقدم عتقه، بل قد سبق ما يدل على حكمه بطريق أولى، وهو ما إذا اعتقت فلم تنخر حتى عتق العبد، فاعادة ذلك عري عن العائدة.

الثانية إن الإشارة بقوله (على رأي) إلى الخلاف في تخيرها تحت الحر، فإن أراد به التعلق بقوله (مطلقاً) أوهم أن ما قبله لا خلاف فيه، لأن تخصيص هذا بذكر الخلاف مع إدراج لمسألتين اللتين قبله معه في جملة واحدة، وجعل الجواب عن الجميع واحداً يشعر بانتفاء الخلاف فيها، ولا يستقيم عوده إلى الجميع؛ لأن الثانية لا خلاف فيها، ولا عوده إلى الأولى، والثالثة خاصة، لأن ذلك العاز، وكما يتعرج حكم هاتين على هذا الخلاف، فكذا حكم ما إذا زوج عبده أمته واعتقها دفعة، مع أنه لم يتعرض لذلك فيما سبق، ولا ريب أن نظم العبارة في ذكر الخلاف غير حسن

ويجوز أن يجعل عتق أمته مهراً لها.

ويلزم العقد إن قدم النكاح فيقول: تزوّجتك واعتقتك وجعلت مهرك عتقك.

وفي اشتراط قبولها، أو الاكتفاء بقوله تزوّجتك وجعلت مهرك عتقك عن قوله: اعتقتك اشكال.

ولو قدم العتق كان لها الخيار، وقيل: لا خيار؛ لأنه تنمة الكلام، وقيل: يقدم العتق؛ لأن تزويج الأمة باطل.

الثالثة. قوله (دفعه) دفع موقع الحال من الضمير في (اعتقا)، وقوله: (سبق عتقها) معطوف على (عتقا) وهو ظاهر. وأما قوله: (مطلقاً) فيسبغ أن يكون حالاً من لضمير في (اعتقا) المحذوف، ومفعولاً مطلقاً لتكون الجملة معطوفة على ما قبلها هذا هو الظاهر، لكن حاصله على أنها لو اعتقا عتقا مطلقاً احتارت، ولا يحصى ما فيه والمراد ظاهره فإنه يريد أنه سواء سبق عتقها أو لم يسبق ينحيز إلا أن العبارة يسبب بتلك الفصيحة.

قوله: (ويجوز أن يجعل عتق أمته مهراً لها، ويلزم العقد إن قدم النكاح، فيقول: تزوّجتك واعتقتك وجعلت مهرك عتقك، وفي الاكتفاء بقوله: تزوّجتك وجعلت مهرك عتقك عن قوله: اعتقتك اشكال. ولو قدم العتق كان لها الخيار، وقيل: لا خيار؛ لأنه تنمة الكلام، وقيل: يقدم العتق؛ لأن تزويج الأمة باطل).

من الأصول المقررة أن تزويج الرجل بأمة باطل، إلا إذا جعل عتقها مهرها، فإنه يجوز عند علماء أهل البيت عليهم السلام قاطبة.

قال في المختلف لا يعرف فيه مخالفاً من علمائنا<sup>(١)</sup>، والاصل فيه أن لنبي صلى

الله عليه وآله مصطفي صفة بنت حي بن اخطب من ولد هارون عليه السلام في فتح خيبر، ثم تزوجها واعتقها وجعل عتقها صداقها بعد أن حاصت حبيصة<sup>(١)</sup> وقال أكثر العامة: إن ذلك من حصائمه صلى الله عليه وآله<sup>(٢)</sup>

والنقل عن أهل البيت عليهم السلام في ذلك مستفيض أو متواتر، روى محمد ابن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «أبى رجل شاء أن يعتق جاريتته ويتزوجها ويحصل عتقها صداقها فعل»<sup>(٣)</sup>

وعن عبيد بن ررارة عن الصادق عليه السلام قال: قلت: رجل قال لجاريتته: اعتقك وحملت عتقك مهر لك، فقال: «جائز» نعم

وعن الباقر عليه السلام: «إن عبداً علمه السلام كان يقول: إن شاء الرجل اعتق أم ولده وجعل مهرها عتقها»<sup>(٤)</sup>، وغير ذلك من الأحبار الكثيرة<sup>(٥)</sup>.

وقد أورد المحقق ابن سميد في أسكب سؤالات وأجاب عنها، حاصلها أنه كيف يجوز أن يتزوج جاريتته، وكيف يتحقق لايجاب ولقبول وهي مملوكة، ثم المهر يجب أن يكون مسبقاً قبل العقد ومع تقدم الزواج لا يكون متحققاً، ثم يلوح منه الدور فإن العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذي هو العتق، والعتق لا يتحقق إلا بعد العقد

الجواب: إذا كان العتق يحصل مع العقد لم يستبعد صحته، وإنما يمتنع لو كانت الرقبة باقية، ولا بعد في العقد وهي مملوكة إذا كانت الرقبة غير مستقرة معه، فإنه كما جاز أن يعقد لعيره عليها؛ لعدم ملك ذلك العير، جاز أن يعقد عليها لنفسه؛

(١) سنن أبي داود ٢٢١٤ حديث ٢٠٥٤، سنن البيهقي ٥٨٠٧

(٢) الخصائص الكبرى ٢٤٧٢، سنن البيهقي ١٢٨٧

(٣) التهذيب ٢٠١٨٨ حديث ٧٠٦، الاستبصار ٢٠٩٣ حديث ٧٥٦

(٤) التهذيب ٢٠١٨٨ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٢٠٩٣ حديث ٧٥٧

(٥) التهذيب ٢٠١٨٨ حديث ٧٠٨، الاستبصار ٢٠٩٣ حديث ٧٥٨

(٦) تكافي ٧٤٥:٥ حديث ٥ - ١، التهذيب ٢٠١٨٨ حديث ٧١٠، الاستبصار ٢١٠٣ حديث ٧٦٠

لعدم استقرار ملكه فإنها تصير حرة معه  
وأما وجوب تحقق المهر قبل العقد فممنوع، ولم لا يجوز أن يكتفى بمقاربة  
العقد، وهو هنا كذلك، فإن المهر لعتق وهو يقارن العقد، سواء تقدم التزويج أو تأخر  
والدور غير لازم؛ لأن ما يمنع توقف العقد على المهر، نعم يستلزمه ولا ينفع منه.  
والعقد على الأمة جائز في نفسه، وهي صالحة لأن تكون مهراً لغيرها، فلم لا  
يجوز جعلها أو جعل فك ملكها مهراً لها، ولو سلمنا منقاة هذه المسألة للأصول، فقد  
ورد النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام على وجه لا يمكن رده فوجب  
لمصير البها، ونصير صلاً بنفسها كما حُصرت صريب الدنة على العاقلة أصلاً، ثم هنا  
مباحث

لأنه إما أن يشترط قبولها أولاً، وما أن يكتفى بقوله: بزوجتك وجعلت مهرك  
عنك عن قوله اعتقتك أولاً وإما أن يصير تقديم لنكاح أولاً.

الأول ذكر المصنف في شرائط لقبول اشكالا، ومشوّه: من أنه عقد نكاح  
وشرط فيه القبول كسائر العقود اللازمة، لأن العقد في عرف أهل السرعة هو أنه  
مركب من الإيجاب والقبول.

لا يقال، هي في حال إيقاع العقد رقيقة فكيف يعتبر قبولها.  
لأننا نقول: هي في حكم الحرة، حيث أنها مع تمامه تصير حرة فرقيتها غير  
مستقرة، ولولا ذلك امتنع تزويجها من رأس

بل قد يقال: إن الواقع من المولى هو القبول؛ لأن إيجاب النكاح إنما يكون  
من طرف الزوجة، فيعتبر وقوع لعظ من طرفها يكون به تمام العقد.  
ومن أن المستند في شرعية هذا العقد هو النقل المستفيض، وليس في شيء منه  
ما يدل على اعتبار القبول. ولأصل في الباب ما فعله النبي صلى الله عليه وآله

بصفية<sup>(١)</sup>، ولم يمل فبؤها، ولو وقع لنقل إدا هو من الأحكام التي يضطر إليها، وليس من خصائصه؛ لتوقف الحكم بذلك على البيان، لثبوت التماسي في كل ما لم يثبت أنه من خصائصه كما بين في الأصول.

ولأن حل الوطء مملوك به فهو بمنزلة الترويح، فإذا اعتقها وتزوجها وجعل العتق مهرها، كان في معنى استثناء بقاء الحل من مقتضيات العتق؛ لأن مصصاء بدون ذلك التحريم والنتيجة لاكتفاء بالصيغة المنقولة من عدم توقف على أمر آخر

وهذا سلفاً وحول المصيرين ما دل عليه لنقل من غير ملاحظته لمناهة لأصول المقررة وبما أن ذلك أصل يرتب عليه بدلائل يقتضيه، وهو حره المصنف في المختلف<sup>(٢)</sup>، على أن القبول لو أعيد لم يتم به العقد، لخلوه حينئذ عن الإيجاب نعم الأحوط اعتباره خروجاً عن حظه الاحتمال، فيعبر وقوعه على لغو بالعربية على نهج سائر العقود اللازمة

الثاني هل يكفي قوله تزوجتك وجعلت مهرك عتقك عن قوله، اعتقتك؛ ذكر المصنف فيه أسكال أيضاً، ومشوؤه، من أن المفهوم من الأحبار<sup>(٣)</sup>، وكلام لأصحاب<sup>(٤)</sup>، ذلك، بل قد صرح به جماعة<sup>(٥)</sup> منهم لمصنف<sup>(٦)</sup>، ويؤيده أنه لو أمهر امرأة ثوباً فقال لها تزوجتك وجعلت مهرك هذا لثوب فإنها تملكه بنهاى العقد من غير احتياج إلى صيغة تملك.

وكذا إذا جعل العتق مهرأ فإنها تملك نفسها، فلا حاجة إلى صيغة أخرى

(١) صحيح مسلم ١٠٤٥٢، سنن الترمذي ٤٢٣٢ حديث ١١١٥ سنن ابن ماجه ٦٢٩٦ حديث ١٩٥٨

(٢) المختلف ٥٧٣

(٣) الفقه ٣٦١٣ حديث ١٢٤٤، التهذيب ٢٠١٨ حديث ٧٦٠ لا يستبرأ ٢١٠٣ حديث ٧٦٠

(٤) المفيد في القصة: ٨٥، وير الصلاح الحلبي في النكاح في القصة: ٣١٧

(٥) منهم الشيخ في النهاية ٤٩٧، وابن البراج في المذهب ٢٤٧٠٢

(٦) المختلف ٥٧٢

للعق، على أن اسباب العتق غير منحصرة في صيغة كما في التشكيل.  
وقد نوقش قولهم، تملك نفسها، بأن امك اضافة لا بد فيها من تغاير المتضايقين بالذات، وهي مناقشة فارغة، فإن المراد من ذلك المجاز، من حيث حصول عاية الملك، وهو مجاز شائع واقع في كلامهم عنهم السلام، ومثله كثير في كلام العقهاء، ومن أن العتق لا يقع إلا بالصيغة الصريحة، وهي التحرير أو الاعتاق على قول، ولم يوجد أحدهما، ولأن الأصل بقاء لملكك إلى أن يعلم المريل

وإلى هذا ذهب المفيد<sup>(١)</sup>، وأبو الصلاح<sup>(٢)</sup>، وقد يجاب عن هذا بما سبق غير مرة، وهو أن بناء هذا على مخالفة الأصول المقررة، فلا يناقش في شيء من جهات مخالفته، بعد ثبوته بالنص<sup>(٣)</sup> الذي لا سبيل إلى رده، وقوة هذا ظاهرة

وإلى هذين المبحثين أشار المصنف بقوله (وفي اشراط قبولها - إلى قوله - اشكال)، إلا أن لعبارة لا تخلو من مناقشة، فإن المتبادر منها أن طري الاشكال، اشراط القبول والاكتفاء بقوله تروحتك أو حره، وليس كذلك، بل كل منها مسألة مستقلة فيها اشكال، والطرف المقابل محدود تقديره وفي اشراط قبولها وعدمه وكذا الاخرى.

الثالث، اختلف الأصحاب في اشترط تقديم الترويج على العتق وعكسه، وجوار كل منها، والمشهور بين الأصحاب اشترط تقديم الترويج، اختاره الشيخ في النهاية<sup>(٤)</sup> وجماعة من الأصحاب<sup>(٥)</sup>، لرواية محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام، في الرجل يقول لجارته: قد اعتقتك وجعت صدأك عنقك، قال «جاز العتق، والأمر

(١) نسخة ٨٥

(٢) نكاح في الفقه ٣١٧

(٣) صحيح مسلم ٢ ١٠٤٥

(٤) نهاية: ٤٩٧

(٥) منهم ابن البراج في مذهب ٢ ٢٤٧، وابن حرة في الوسيلة ٣٥٩

اليها إن شاءت روحته نفسها وإن شاءت لم تفعل، فإن روحته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئاً<sup>(١)</sup>

وعن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل قال لأمتي: اعتقتك وجعلت مهرك عتقك فقال «عتقت وهي بالخيار إن شاءت تزوجته وإن شاءت فلا، فإن تزوجته فبمعطها شيئاً، وإن قال: قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك فإن السكاح واقع ولا يعطيها شيئاً<sup>(٢)</sup>

وفي دلالتها على المطلوب الشيع نظر<sup>(٣)</sup> لأن القول بالصحة على تقدير تقديم العتق إنما هو مع التصريح بلفظ التزويج، هو مستحب في الروايتين، فإن قوله: اعتقتك وجعلت مهرك عتقك ليس فيه صحة تزويج، والمتنازع فيه ما إذا أسي بلفظ العتق والبروح معاً لكنه قدم العتق، وأحدهما غير الآخر

وقال جماعة: إنه لو قدم العتق على التزويج يقع لارماً؛ لأن هذا الكلام واحد، وللكلام أنها يتم بأحده، فلا يقع لعتق بدون التزويج، كما لو قال: اعتقتك وعليك خدمة ستة فإنه يقع العتق ويلزم الخدمة وما روه عبيد بن رزارة عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل قال لخاريته اعتقتك وجعلت عتقك مهرك، قال: فقال: «جائز»<sup>(٤)</sup>.

لا يقال: لا دلالة في الرواية على المطلوب، لأن الجواب فيها الجواز والمتنازع فيه اللزوم، ولأنها خالية عن ذكر التزويج، فما دلت عليه لا قائل به.

لأما نقول المتعارف في مثل هذا الحوار إرداه الصحة؛ لأن السؤال إنما هو عن حكم هذا العقد من حيث صحته ومصادره، فاد أحبب بالجواز كان معناه الصحة لانهالة، وهذا شائع شهير.

(١) التهذيب ٨: ٢٠٩ حديث ٧٠٩، الاستبصار ٣: ٢١٠ حديث ٧٥٩

(٢) الفقيه ٣: ٢٦١ حديث ١٢١٤، التهذيب ٨: ٢٠٩ حديث ٧١٠

(٣) الكافي ٥: ٤٧٦ حديث ٣، التهذيب ٨: ٢٠٩ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٧

ولا ريب أنه يدرم من صحته أن يكون جائزاً غير ممنوع منه، ويمتنع أن يراد بالخور التزلزل لأن النكاح على هذا التفدير غير متربرل، وإنما هو غير وقع، أصلاً. وأما حلوها عن لفظ الترويح فهو فادح؛ لأن اعتبار لفظة (أمر) لاحقاً فيه، ولعل السائل اعتمد على ظهوره واقتصر في لسؤل على موضع الحاجة.

ورواية محمد بن مسلم السالفة<sup>(١)</sup> تضمنت لفظ العتق والتزويج معاً، فتكون شاهدة على ذلك، وإلى هذا القول أشار المصنف بقوله: (وقيل لا خيار لها..).

وذهب المفيد<sup>(٢)</sup>، والشيخ في الخلاص<sup>(٣)</sup> إلى ستراط تقديم العتق ويحكمى عن ظاهر أي الصلاح<sup>(٤)</sup>، واختاره المصنف في المختلف<sup>(٥)</sup>؛ لأن نكاح الأمة باطل. ويصنف بأن لكلام إمام سم بآخره، ولولا ذلك لم يصح جعل العتق مهراً. ولأنه لو حكم بوقوعه بأول الصيغة امسح اعتباره في التزويج المأثري به بعده، فلا بد من الاعتراف بعدم العرو بين التزويج والعتق، وإلى هذا ذهب بعض المتأخرين من الأصحاب<sup>(٦)</sup>.

فيحصل في المسألة ثلاثة أقوال، أصحها الأخير. ثم عُدَّ إلى عبارة الكتاب وعدم أن قوله. (ولو قدم العتق كان لها الخيار) من نسخة قوله. (ويلزم العقد إن قدم النكاح) وما بينهما اعتراض.

فإن قيل: الذي يراد بأن لها الاعراض في هذه الحالة، مع أنه على القول بأن القبول شرط متى لم يقبل يثبت لها الخيار.

قلنا: المراد إن العتق به اذا قدم نفذ برأسه، فيبقى النكاح موكولاً إلى رضاها وإن لم نقل باشتراط القبول.

(١) التهذيب ٢٠٦: ٨ حديث ٦، ٧. الاستبصار ٢٠٩: ٣ حديث ٢٥٦

(٢) المفيد: ٨٥.

(٣) الخلاص ٢٠٨: ٢ مسألة ٢٢ كتاب العتق

(٤) لكافي في الفقه: ٣١٧

(٥) المختلف: ٥٧٣

(٦) تهذيب التهذيب في اللغة: ١٩٤



ولو جعل ذلك في أمة الغير، فإن نفذنا عتق المرتهن مع الاجازة  
فالأقرب هنا الصحة، وإلا فلا.

فعلی هذا لو قدم الترويج وقع لازماً بنفسه، بناءً على أن القبول غير شرط.  
والحاصل أنه على المختار مجموع العتق والترويج صيغة واحدة، لا يترتب شيء من  
مقتضياتها إلا على مجموعها

وعلى اعتبار تقديم الترويج فالعتق والتكاح كل منهما صيغة برأسها منضمة إلى  
الأخرى، فإذا قدم استرويج امتنع نفوده بدون (يعتق) لأن عهده على مملوكه ممتنع،  
وإن تقدم العتق بعد الانتفاء المانع فتصير حرة، فمنخير في التكاح.  
وقوله: (وقيل لا خيار) الظاهر أنه القول الذي حكاه المصنف والمحقق ابن  
سعيد<sup>(١)</sup> عن بعض الأصحاب: وهو التحجير في تقديم أي الأمرين كان من العتق  
والترويج، وهو القول الثالث فيها حكيمناه.

وقد جعل الشارح الفاضل ولد لمصنف<sup>٢</sup> هذا قول أبي الصلاح، وليس بجيد؛  
لأن قول أبي الصلاح اشترط تقديم العتق، وجعل القولين واحداً خلافاً لظاهر  
العبارة؛ لأن عطف أحدهما على الآخر يقتضي تعادلها وتباينها، وتعليله أيضاً يناقض  
القول باشتراط تقديم العتق

فإن اعتبار كونه تنحاً لكلام ينافي اشترط تقديم واحد؛ لأن الصيغة حيث  
تكون واحدة، نعم في حكاية لمصنف هذا، القول قصور، حيث جعل القول عدم الخيار  
على تقدير تقديم لعتق، وكان الأنسب أن يقول لا يشترط تقديم شيء منها  
بعينه ليرتفع اللبس.

قوله: (ولو جعل ذلك في أمة الغير، فإن نفذنا عتق المرتهن مع  
الاجازة فالأقرب هنا الصحة، وإلا فلا).

(١) الشرائع ٣١٢، ٢

(٢) إيضاح الفوائد ١٥٥٣

الذي ورد به النص<sup>١١</sup> من اعتاق الأمة وترويحها وجعل عتقها مهرها إما هو في مملوكة المعتق، أما مملوكة لغير فإن اعتاقها وترويحها كذلك لا نص فيه بالصحة ولا بالفساد، والبحث عن ذلك ينحصر في أمرين:

أحدهما: العتق، ولا ريب أنه لا يقع بحداً بنفسه، لأنها مملوكة الغير ولا متزلاً، فإن العتق لا يتناهى على التغليب لا يتصور فيه ذلك، فلم يبق إلا الحكم بطلانه حرماً، أو التوقف في الحكم بصحته وبطلانه على وقوع الإجازة من المالك وعدمه، فإن أحرار تبين نفوذه من حين وقوعه، وإلا تبين عدمه.

وقد بنى المصنف الوجهين هما على القولين في عتق المرتين المملوك الموهون مع إجازة المولى، لأن العتق في كلٍّ من الموضعين واقع على مملوك العير، فعلى القول بالبطلان في عتق المرتين فلا شك في البطلان هما، وعلى القول بالصحة فيه فهي صحة العتق هنا وجهان، الأقرب منها عند المصنف الصحة

ووجه القرب أن العتق من القرب اتقى اشتدت عناية الشارع بها، وهو مبني على التغليب، ولا مانع منه إلا حق العير، وهذا المانع رائل بالإجازة.

والثاني: العدم وإن قلنا بالصحة هناك، والفرق من وجهين:

أحدهما: إن علاقة الرهن في معنى علاقة الملك، لأنها تثبت للمرتين سلطاناً على الموهون، فيمكن أن يكون ذلك مصححاً للعتق مع الإجازة وهي منتفية هنا. والآخر: إنه قد جعل عتق مملوكة العير مهراً لنكاحها، وفي صحة جعل بعض مال الغير أو كله مهراً للنكاح بالإجازة من المالك مع ظاهر، وهذا منتف في عتق المرتين، فعلى هذا الأصح لبطلانها وإن قلنا بالصحة هناك.

الثاني: حكم النكاح ولم يتعرض المصنف إليه؛ لظهور حكمه، وبجملته الأمر فيه

(١) تنهيد ٢٠١٨، حديث ٧٠٧، الاستبصار ٢٠٩٢، حديث ٧٥٧، سنن أبي داود ٢٢٦٢، حديث ٢٠٥٤، سنن

إنه إذا وقع مستكملاً للإيجاب والقبول لمعتد به كان نكاحاً فصولياً يتوقف على إحارة المالك، فيصح معها ويبطل بالرد.

ولا يؤثر فيه بطلان العتق؛ لأن فساد المهر لا يقتضي فساد النكاح نعم متى حكمنا ببطلان لعتق فلا بد لصحة النكاح من كون العاقد بحيث يسوغ له نكاح الأمة

واعلم أن قول المصنف (فالأقرب هذه الصحة) يريد به ترجيح الصحة، ثم بدأ على القول بسقوط عتق المرتهن مع الإحارة، لا المرجح للحكم في نفسه بحسب الواقع، وهو ظاهر.

وقوله - (وإلا فلا) معطوف على الجملة الشرطية قبله وهي قوله (فإن اعتدنا) - ومعناه أنا إذا لم يعتد عتق المرتهن مع الإحارة لانصحح العتق هنا، ثم تبيـه لشيء وهو: إن الشارح العاقل بنى الحكم في مهر هنا - وهو العتق - على مقدمتين: أحدهما عتق المرتهن، والآخرى أن المأخول عنها مهرأ هل المهر هو العتق ابتداءً، أو هو تمليكها لرقبتها وبيعه العتق، كما لو تزوج جارية غيره وجعلها سيدها المملوك مهرأ لها، فإنه إذا أحرار السيد النكاح دخل أبوه في ملكه فاعتق عليه.

والذي يقتضيه صحيح لفظ صادق التأمل أن هذا ليس من مسألتنا في شيء؛ لأن العتق في هذا الفرض واقع بلفظ صريح وعبارة تخصه، وليس من الأمور الحاصلة بالتبعية في شيء، ومع ذلك فصريح اللفظ أن المهر حقيقة هو العتق، والتعبير بتمليك الجارية رقبته من الأمور المجازية كما حققناه

وقد أبطله الشارح في كلامه قبل هذا، فكيف يجعله هنا مقدمة للحكم في هذه المسألة.

لا يقال: إنه إنما يبي عليه على رعمهم وإن كان غير صحيح في نفسه، لأننا نقول: قد بينا أنهم لا يريدون بذلك إلا المحار، فلا يعتد بهذا البناء.

والأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهراً، ويسرى العتق خاصة.

قوله: (والأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهراً ويسرى العتق خاصة).

المنصوص هو ما إذا تزوج مملوكته واعتقها وجعل عتق جميعها صداقها، والمعروض ها هو ما إذا تزوجها واعتق بعضها وجعل عتق الصنف صداقها، وفي صحة النكاح والعتق كذلك وجهان، أقربهما عند مصنف لصحة. أما العتق في نفسه فإنه يصح إيقاعه على البعض وعلى الكل <sup>لأن غير تفاوت</sup>.

ولا يشغل مانع إلا ضمه إلى النكاح، وبما يثبت ذلك متقدمة بالأصل. وأما جعل عتق البعض مهراً فإنه لا فرق بينه وبين جعل عتق الجميع مهراً، إذ لا فرق بين جعل جميع الجارية مهراً وبين جعل بعضها، وما على لا نفر د أو مع ضميعة شيء آخر، فكما أنه لا فرق بين الكل والبعض في الثاني فكذا لا فرق في الأول وأما التزويج فإن صحته دائمة مع صحة العتق، فحتى حكم بصحة عتق البعض سرى إلى الجميع فصح النكاح

والثاني العدم؛ لأن الحكم في هذا الباب بالنسبة إلى العتق والنكاح ثبت على خلاف الأصل مع قيام المانع لولا النص المستفيض، فيجب الاقتصار فيه على الصورة المنصوصة اعتصاراً في المحاكمة على مورد النص، وهذا أقوى.

وقول المصنف: (ويسرى العتق خاصة) يريد به ثبوت السراية لا بحالة، لأنه قد باشر عتق بعضها، والسراية ثابتة في كل موضع تحققت مباشرة عتق شيء من المملوك، لعموم قوله عليه السلام: «من اعتق شقشاً من عبد سرى عليه العتق»<sup>(١)</sup>. ولولا الحكم بالسراية لم يصح النكاح، لأن ملكه للبعض يمنع صحة النكاح.

ولو كان بعضها حراً فجعل عتق نصيبه مهراً صح، ويشترط هنا القبول قطعاً.

وأشار بقوله، (خاصة) إلى أن لسراية إنها هي للعتق دون المهر فتصير جميعها حراً، والمهر هو النصف خاصة، وفائدة ذلك تظهر فيما إذا طلقها قبل لدخول فإن ربيعها يرجع رقاً في قول، وفي قول آخر تسعى في قيمة الربع. وأعلم أن الشارح الفصل ذكر هنا أنه على قول من يقول إن المهر هو تمليك الجارية رقبتهما تتمك نصف رقبتهما وسعتق نصيبه ولا سراية هنا بل تسعى في قيمة نصفها<sup>(١)</sup>، وما ذكره غير موجه.

أما أولاً، فلأن جعل المهر هنا تمليك الجارية رقبتهما أمر لا حقيقة له وقد بسطنا ما فيه.

وأما ثانياً؛ فلا بد على هذا لتقدير يجب أن لا يصح النكاح لأن تزويج السيد بأتمته غير جائز قطعاً، وعلى هذا لتقدير يبقى نصفها رقاً حقيقة، وعتقه موقوف على السمي. وإنما يكون ذلك مع نفوذ العتق في النصف، وإنما ينفذ مع صحة التزويج، وعلى هذا فيلزم صحة نكاح السيد لأتمته، وهو معلوم ابطلان وإنما صححناه في صورة كون عتق الجميع مهراً لأن التزويج والعتق يقعان معاً كما تقدم. قوله: (ولو كان بعضها حراً فجعل عتق نصيبه مهراً صح، فيشترط هنا القبول قطعاً).

أي، لو كان بعض المملوكة حراً فاعتق لسيد نصيبه منها، وتزوجها وجعل عتق النصيب مهراً صح، وذلك لأنه إذا صح العتق والتزويج في الأمة المحضة ففي التي بعضها حر أولى؛ لأن الملك مانع من التزويج، وإنما صح في الأمة المحضة على

ولو كانت مشتركة مع الغير، فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهراً،  
فالأقرب الصحة، ويسري العتق. ولا اعتبار برضى الشريك،

خلاف الأصل.

ولارب أن المانع في المبعضة ضعف منه في المحضة، فحيث دلت النصوص<sup>(١)</sup>  
على لثبوت مع المانع الأقوى مع الأضعف أولى، لكن هنا يشترط القبول قطعاً؛  
نظراً إلى أن بعض الحر لا سلطة للمولى عليه.

فثبوت الكسح بالنسبة إليه يتوقف على رضاه، لكن ينبغي أن يكون الاعتبار  
وقوعه منها هو الإيجاب ليتحقق العقد كماله.

واعلم المصنف عثر على بالقبول مجازاً، وحاول بتقديم قوله (هنا) على (القبول)  
النسبه على أن اشتراط اقبول في هذه المسألة مقطوع به، بخلاف ما تقدم.

واعلم أن دعوى لألوية في العرص المذكور محل نظر، فإن لقائل أن يقول:  
لم لا يجوز أن يكون المقتضي لصحة ذلك في أمة المحضة معنى موجود هناك خاصة،  
مثل أن يكون الترويج بالأمة على هذا الوجه ملحوظاً فيه أنه في معنى استثناء حل  
الوطء من مقتضيات عتقها وما جرى هذا مجرى، وذلك منتف في الفرض المذكور،  
وقد كان قبل هذا العقد حراماً، فيستصحب إلى أن يثبت السبب المقتضي للحل  
شريعاً.

قوله: (ولو كانت مشتركة مع الغير، فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهراً،  
فالأقرب الصحة ويسري العتق ولا اعتبار برضى الشريك).

لو كانت الأمة مشتركة بين اثنين فصاعداً، فتزوجها أحدهما واعتق نصيبه  
ويجعل عتق نصيبه مهراً ففي صحة ذلك وجهان:

أقربهما عند المصنف الصحة، وجه اقرب وجود المقتضي وانتفاء المانع، أما

(١) لتهذيب ٢٠١٨ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٢٠٩٤ حديث ٧٥٧، سنن أبي داود ٢٢٦٢، سنن البيهقي ٧.

المقتضي بالنسبة الى العتق فظاهر، فإن مباشرة عتق نصيبه يقتضي وقوع العتق عليه قطعاً، ويسري لعتق إلى باقيها بامتصى النصوص المنقولة في هذا الباب<sup>(١)</sup>، فيحصل عتق جميعها في زمان واحد.

لكن، لما يتم هذا إذا قلنا بعدم توفف السراية على الأداء، سواء قلنا بأن العتق يحكم به بدون الأداء أو قلنا بأنه كاشفهم

أما إذا قلنا بأنه يتوقف عليه تأثيراً فلا يستقيم الحكم بصحة الكاسح لتحقيق وفوق العقد على مملوكة العير فيكون مفصولاً عما يقع العتق، لأنه إنما يقع مع وقوع الكاسح صحيحاً لأنه مهر فتبطل السراية، فبتأمل ذلك ولينظر قول الشارح للعاصم<sup>(٢)</sup> بالصحة على القول باعتبار الأداء إذا أدى.

وأما المقتضي بالنسبة إلى المروءع فهو، لعدم الصادر من أهله في محله

أما الأول؛ فلأن المروءع أي مولى أهل لا يشاء عقد النكاح

وأما الثاني؛ فلأن إيقاع العقد على التي قد وجد سبب حررتها وصارت بحكم

الحررة، بحيث أن تزويجها وحررتها يشتركان دفعة واحدة، صحيح على ما سبق بيانه في أول المباحث فيكون محلاً للعقد لا محالة

وأما انتفاء المانع فلاه ليس بآ شركة العير، وهي غير صالحة للممانعة؛ لأنها

زائلة بالسراية وهذا البيان يظهر أنه لا يعتبر رضى الشريك حيث أن شركته زائلة،

أما رضاها فإن اعتباره دائر مع اعتبار رضى المملوكة غير المشتركة، فإن اعتبرناه ثم

اعتبر هنا، وإلا فلا، لأن هذه في معنى المملوكة، إذ السراية فرع انتفال حصة الشريك إلى المعتق.

وما قيل من أنه على تقدير عدم اعتبار رضاها يلزم الدور، لأن صحة النكاح

(١) سنن البيهقي ١٠ ٢٧٥

(٢) إيضاح العوائد ١٥٨٣

وكذا لا اعتبار برضاء لو جعل الجميع مهراً ، أو جعل نصيب الشريك خاصة.  
ولو اعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضها مهراً أو بالعكس ، صح الجميع.

يكون سبب العتق وسبه ضعيف؛ لأن لصيغة سبب فيها معاً ويقع دفعه.  
والثاني من لوجهين عدم لصحة؛ لأنه خروج عن صورة النص .  
وفي بعض المقدمات السابقة نظر فإن كون الشراكة محلاً للمعد في محل المنع، فكيف تعد بالعقد على أمة الغير مع طرده المربط بالملك بنهاى العقد، والمصلحة عدم الصحة وبما أن يكون قول المصنف: (ويسري العتق) بعد قوله: (علا قرب الصحة) إشارة إلى المصحح، لأن الحكم بالصحة إنما يكون بعد تحقق السريان، فلا معنى لتعرض لبيان بالاستعمال بعد الحكم بالصحة  
قوله: (وكذا لا اعتبار برضاء لو جعل الجميع مهراً، أو جعل نصيب الشريك خاصة)

أى كما أنه لا اعتبار برضى لشريك في الصورة السابقة، وهي ما إذا عتق حصته وجعل عتقها مهراً للنكاح، فكذا لا اعتبار برضاء لو اعتق حصته وتزوج الأمة وجعل عتق الجميع مهراً لها، أو جعل عتق حصته الشريك خاصة مهراً، وذلك لأن المحمول مهراً إنما يصير كذلك إذ كمل العقد، وفي ذلك الوقت يتحقق انتقال حصته الشريك إلى المعتق، ولا يكون لا اعتبار برضاء وجه أصلاً  
قوله: (ولو اعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضها مهراً أو بالعكس صح الجميع).

هاتان صورتان معايرتان لمورد النص :  
أحدهما: أن يعتق جميع مملوكته ويجعل عتق بعضها كصفها مهراً لنكاحها، بحيث يأتي بالصيغة المعتبرة في ذلك بكمها.



وليس الاستيلاد عتقاً وإن منع من بيعها، لكن لو مات مولها عتقت من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب سعت في الباقي.  
وقيل: يلزم الولد السعي،

والثانية. أن يعتقها ويتزوجها ويجعل عتق جميعها بعض المهر، بأن يصمه إلى شيء آخر كتوب وشبهه، وهذه هي التي أشار إليها بقوله: (أو بالعكس) وقد حكم بالصحة فيها معاً.

أما الأولى فلأنه كما يجوز أن يكون جميع الأمة وبعضها مهراً لغيرها، فكذا يجوز أن يكون عتق جميعها وبعضها مهراً لها من غير تفاوت.

وأما الثانية؛ فلأنه كما يجوز جعلها مهراً بجور جعلها بعض المهر لأن المهر يقبل الكثرة والقله ويحتمل عدم الصحة، لأن الحكم في هذا الباب يثبت على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النص<sup>(١)</sup>

قائدة: إذا قلنا بالبطلان في هذه الصورة، فما حال العتق؟ لدي يقتضي النظر بطلانه؛ لأنه لم يعتقها بجاناً قطعاً، بل على أنها روجه، وأن العتق مهرها وقد فات ذلك فيستمتع نعوذه وحده، لأنه خلاف مقصوده، ولأن في ذلك صراً ظاهراً له.

قوله: (وليس الاستيلاد عتقاً وإن منع من بيعها، لكن لو مات مولها عتقت من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب سعت في الباقي، وقيل يلزم الولد السعي).

لا ريب أن استيلاد الأمة المملوكة ليس عتقاً لها وإن منع من بيعها، فإنه لا يجوز بيع أم الولد ما دام الولد حياً اتفاقاً لا في موضع مستثناة في كلام الفقهاء، لكن لو مات المولى عتقت من نصيب ولده، وذلك لأنها بدخول بعضها في ملكه بالارث حيث يكون معه وارث آخر يقوم عنيه من نصيبه ويعتق، وسيأتي بيان ذلك كله في

(١) نظر التهذيب ١، ٢ حديث ٧٠٧ من ي - يد ٢٢٦ حديث ٢٠٥٤، من أبيه ١٢٨٧

فإن مات ولدها وأبوه حي عادت إلى محض الرق وحرار بيعها.

موضع إن شاء الله تعالى. هذا إذا وقع النصب بقيمتها.

فإن عجز النصب فللأصحاب قولان

أحدهما - وإليه ذهب الأكثر كالمصنف<sup>(١)</sup>، وابن دريس<sup>(٢)</sup>، والمصنف - أنها تستسعى في الباقي من بيعها لمن عدا الولد، ولا يحب على الولد السعي لانتفاء المقتضي

والثاني - واختاره ابن حمزة<sup>(٣)</sup> - أنه يحب عليه السعي، وفريق منه قول لشيخ في المبسوط فإنه أوجب على الولد فكها من ماله<sup>(٤)</sup>. (وقال في النهاية بوجوب السعي على الولد إذا كان ثمنها ديناً على مولاها ولم يخلّف غيرها<sup>(٥)</sup> ويسألي إن شاء الله تعالى تحقيق المسألة ودلائلها، وبيان أن الأصح من القولين هو الأول).

فإن قيل. ليس هذه المسألة من هذا الباب في شيء، فأى وجه لذكرها، ثم أى وجه لذكرها في دليل عتق الأمة وتزويجها وجعل عتقها مهرها.

فلما إنه إنما ذكرها هنا ليبين عليها ما يسألي من ماله. (ولو كان ثمنها ديناً....) فإن هذه من مسائل لباب وهي من مسائل الاستيلاء، فيناسب أن يذكر حكم الاستيلاء أولاً ليكون مقدمة لذلك.

قوله: (فإن مات ولدها وأبوه حي عادت إلى محض الرق وحرار بيعها).

تطابق النص<sup>(٦)</sup> والاحتجاج بها على أن الولد إذا مات ولدها وأبوه حي عادت

(١) المقنع: ٩٣

(٢) السر: ٣٤٨

(٣) لوسيلة: ٤٠٨

(٤) المبسوط: ١٨٥: ٦

(٥) نهاية: ٥٤٧

(٦) التهذيب: ٢٠٦٨ حديث ٧٢٨

ويجوز أيضاً بيعها في ثمن رقبته إذا لم يكن لمولاها سواها.  
وقيل: لو قصرت التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها،  
وإن لم يكن ثمنها لها.

إلى محص الرق، وإنما قيد بكون أبيه حياً؛ لأن موت أبيه بعد موت ابنه لا يؤثر شيئاً؛  
لأنها تعتق على الولد إذا مات أبوه كما علم.  
وأراد بقوله (عادت إلى محص الرق) بقطاع العلاقة التي تشبث بها، على أن  
يكون وسيلة إلى العتق، عني الاستيلاء، فإن كانت مع هذه العلاقة رقيقة  
محضة إلا أنها لتشتتها بسبب الحرية كأنها حرة وأن رقبته صارت ضعيفة، وحينئذ  
فيجوز بيعها.

قوله: (ويجوز أيضاً بيعها في ثمن رقبته إذا لم يكن لمولاها سواها،  
وقيل: لو قصرت التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها وإن لم  
يكن ثمنها لها)

أجمع الأصحاب على أن أم الولد تباع في ثمن رقبته إذا كان ديناً على مولاها  
ولم يكن له سواها، والأخبار في ذلك كثيرة روى عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه  
السلام قال: سألت عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: «نعم في ثمن رقبته»<sup>(١)</sup>  
وعن أبي إبراهيم عليه السلام وقد سئل لم باع أمير المؤمنين عليه السلام  
أمهات الأولاد؟ قال: «في فكك رقاس»، قيل: وكيف ذاك؟ قال: «أبها رجل اشترى  
جارية فأولدها، ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه، أخذ ولدها منها وبيعت  
فأدى عنها»، قلت: فيبعت فيها سوى ذلك من دين؟ قال: «لا»<sup>(٢)</sup>

(١) الكافي ١٩٢: ٦ حديث ٢، التهذيب ٢٣٨: ٨ حديث ٨٥٩

(٢) الكافي ١٩٢: ٦ حديث ٥، الفقيه ٨٣: ٣ حديث ٢٩٩، التهذيب ٢٣٨: ٨ حديث ٨٦٢

ولو كان ثمنها ديناً فأعتقها وجعل عتقها مهرها وتزوجها وأولدها وأفلس به ومات صح العتق، ولا سبيل عليها ولا على ولدها على رأي.

وتحمل الرواية بعود الرق على وقوعه في المرض .

والقول المحكي في العبارة قول ابن حمزة<sup>(١)</sup>، وهو ضعيف، وفي الرواية المتقدمة تصريح بذلك<sup>(٢)</sup>.

قوله: (ولو كان ثمنها ديناً فأعتقها وجعل عتقها مهرها وتزوجها وأولدها وأفلس به ومات صح العتق، ولا سبيل عليها ولا على ولدها على رأي، وتحمل الرواية بعود الرق على وقوعه في المرض).

ما احتاره المصنف هو اختيار ابن أبي سريته<sup>(٣)</sup>، والمحقق ابن سعيد<sup>(٤)</sup>، وجمع من المتأخرين<sup>(٥)</sup>، وهو الأصح، لأن العتق والترويج صدرا من أهلها في محلها، فوجب الحكم بصحتها وعدم الالتفات إلى ما يدل على خلاف ذلك، فإن ذلك من الأمور القطعية التي تشهد له الأصول الفقهية، وكذا القول بحرية ولدها وكونه سبياً.

وذهب الشيخ في النهاية إلى بطلان العتق وعودها رقاً لمولاه الأول وإن ولدها رق<sup>(٦)</sup>، وهو اختيار ابن الجنييد<sup>(٧)</sup>، وابن البراج<sup>(٨)</sup>.

(١) أنوسيلة ١٠٨

(٢) أنكافي ١٩٢٦ حديث ٧، التهذيب ٢٣٨: ٨ حديث ٨٥٩

(٣) لسرائر، ٣٤٦

(٤) لسرائر ٣١٢، ٢

(٥) نظر، لأصاح الفوائد ١٥٩: ٣، التنقيح الرائع ١٥٨: ٣

(٦) لنهاية ٥٤٤

(٧) بقده عنه من المحققين في لأصاح ١٥٩: ٣

(٨) تهذيب ٣٦١، ٢

والمستند صحيحة هشام بن سالم عن أبي بصير قال: قال أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر في رجل باع من رجل حارية بكر<sup>١</sup> إلى سنة، فلما قبضها المشتري من العبد اعتقها وتزوجها وجعل عندها مهرها، ثم مات بعد ذلك بشهر فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن كان الذي اشتراها إلى سنة له مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته فإن عتقه ونكاحه جائز، وإن لم يملك مالاً أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته فإن عتقه ونكاحه باطل لأنه عتق ما لا يملك، وأرى أنها رقية لمولاهما الأول<sup>٢</sup>، قيل له: فإن كانت قد عتقت من لديم<sup>٣</sup> عتقها وتزوجها ما حال الذي في بطنها فقال: «الذي في بطنها مع أمه كهبتها»<sup>٤</sup>.

وهذه الرواية وإن ركّبت صحيحته الاستلزام إلّا أنها محالفة لأصول المذهب، مشتملة على ما ينافي جملة من الأمور لمقطوع بها، فحقها أن يعدل بها عن ظاهرها ويجمع بينها وبين أصول المذاهب لها، وقد حملها المصنف هنا على وقوع العتق والنكاح في مرض الموت، فإن الأصح عدم صحته إذا لم يكن هناك مركب يميّز نيتها به فترجع رقاً وتبين بطلان النكاح.

وإسما هذا به حملها على ذلك فإن الصمير في (وقوعه) ليس له مرجع إلّا المذكور، وهو العتق والتزويج ونعظه (عود الرق) في كلامه يشعر باختصاصه بالأم؛ لأنه لم يسبق للولد حالة رق ليعود إليها.

وهذا الحكم وإن لم يكن بعيداً من لفظ الرواية، إلّا أن الشارح الفاضل السيد قد اعترضه بأن الرواية اقتضت عود ولدها رقاً كهبتها، وهو منافٍ لمذهب المصنف؛ لأن بطلان العتق والنكاح لا يقضي عود الولد رقاً، غاية ما في الباب أنها تباع في الدين.

(١) الكافي ١٩٣٦ حديث ١، التهذيب ٢٠٢٨ حديث ٧١٤، الاستبصار ١٠٤ حديث ٢٩

قلت: وعلى هذا ففي الحمل قصور آخر، وهو أن الرواية دلت على عودها رقاً للبائع، ومقتضى الحمل جواز بيعها في دينه لا عودها في ملكه.

وقد اعترض الشارح العاض ولد المصنف في الولد بأن الرواية لا تدل على رقه؛ لأن قوله عليه السلام: «مع أمه كهيتها» لا يدل على الرق بشيء من الدلالات، لأنه صادق حال حرية أمه ظاهراً في الظاهر، ولحق المسلم لا يصير رقاً<sup>(١)</sup>.

ورده شيخنا الشهيد في شرح الاشارة بأنه كلام على النص، فإن المفهوم من قوله: «كهيتها» ليس إلا أن حكمه حكمها حال السؤال. وقد حكم قبل ذلك بأنها رق فيكون الولد رقاً، فهو يدل على رقة الولد على المطابقة لأنه موضوعه، وبحجوير مثل هذا التأويل يمنع التمسك بجميع النصائح<sup>(٢)</sup>.

والحق أن ما ذكره الشارح بعيد عن ظاهر الرواية<sup>(٣)</sup>، وراد شيخنا أن ولد المصنف اطلق الشراء ولم يفده بكونه سيئة، ويسعي تقييده لتطبيق الرواية وفي المختلف حمل الرواية على وقوع الشراء ولحق والترويج في الموضع<sup>(٤)</sup>، واعترضه شيخنا بأن وقوع الشراء في المرض لا مدخل له في الحكم، بل المدخل للعتق، فيكون ذكره مستدركاً.

ولقاتل أن يقول إن عودها إلى البائع في الصورة المذكورة لا يدل له من مقتضى، فإذا نزلت على كون الشراء في المرض، وأنه بأريد من نس المثل بطل في البعض، فإذا فسح البائع لبعض الصفقة عادت إلى ملكه، وحمله بعضهم على فساد البيع وعلم المشتري به فإنه يكون زانياً<sup>(٥)</sup>.

(١) مصابح القوائد ٣: ١٦٠.

(٢) الكافي ١٩٣: ٦ حديث ٦، التهذيب ٢٠٢: ٨ حديث ٧١٤.

(٣) المختلف ٦٢٦.

(٤) انظر التفتيح المراتب ٣: ١٥٧.

.....

ورّد بأن في الرواية انه اذا حُفّ ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق  
والمكاح صحيحين

واعلم أن قول المصنف في العبارة (واعلم به) المراد به أنه لا يوجد في ماله وفاء  
من غير أن يفلس .

و (المقدمة) في الرواية المراد به المقار وبحره

قال في القاموس : العدة بالضم الضيعة والمقار الذي اعقده صاحبه ملكاً<sup>(١)</sup>.

• • •

### المطلب الثاني: في البيع:

إذا بيع أحد الزوجين تخير المشتري على الفور في امضاء العقد وفسخه، سواء دخل بها أو لا، وسواء كان الآخر حراً أو لا، وسواء كانا لمالك واحد أو كل واحد لمالك.

ويتخير مالك الآخر إن كان مملوكاً لو اختار المشتري الإمضاء فيه وفي الفسخ على الفور أيضاً، سواء كان هو البائع أو غيره. وقيل: ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرة.

قوله: (المطلب الثاني: في البيع. إذا بيع أحد الزوجين تخير المشتري على الفور في امضاء العقد وفسخه، سواء دخل أولاً، وسواء كان الآخر حراً أو لا، وسواء كانا لمالك أو كل واحد لمالك. ويتخير مالك الآخر إذا كان مملوكاً لو اختار المشتري الامضاء فيه، وفي الفسخ على الفور أيضاً، سواء كان هو البائع أو غيره، وقيل: ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرة).

أي: إذا بيع أحد الزوجين المملوك، سواء كانا مملوكين أو أحدهما خاصة، وسواء بيع الآخر أم لا، تخير المشتري تخيراً على الفور في امضاء العقد وفسخه، سواء حصل البيع قبل الدخول أو بعده، وسواء كانا لمالك واحد أو كل واحد لمالك، أو كانا مشتركين أو أحدهما.

وكما يتخير المشتري على الفور كذا يتخير مالك الآخر إذا كان مملوكاً تخيراً على الفور، ولو اختار المشتري امضاء النكاح أو لم يتخير شيئاً بقي خياره أو سقط، سواء كان المالك الآخر هو البائع بأن كانا مملوكين له أو مالكاً آخر، سواء تحدد شراؤه أو كان مالكاً وقت النكاح، فهذا أحكام:



الأول: اطبق الأصحاب على أن يبيع الأمة المزوجة كالطلاق، على معنى أنه سبب في التسلط على فسخ النكاح وامضاؤه للمشتري، سواء كان الروح حراً أم لا وكذا مالك العبد، سواء كان هو البائع أو غيره.

وكذا اطبقوا على أن يبيع لعبد المروج كالطلاق، على معنى ثبوت الخيار للمشتري وبذلك الأمة كما قررناه، إلا إذا كانت الزوجة حرة، فإن في ثبوت الخيار هنا قولين<sup>(١)</sup>، والأصل في ذلك ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليه السلام قال: «طلاق الأمة بيعها أو بيع زوجها»<sup>(٢)</sup> والمراد أنه كالطلاق في أنه تترتب عليه البيئونة بالمسح، من حيث يثبت للخيار على حد قوله بنونا بنو ابائنا ونسائنا فلا يرد ما قيل إنه يكره على الحديث انحصار الطلاق في بيع أحدهما، من حيث أن المبدأ يجب انحصاره في الحبس، وغير ذلك من الأخبار

ولأن بقاء النكاح مظنة نضر المالكين، وليس لها طريق إلى التخلص من الضرر، إلا أن التسليط على فسخ النكاح وإطلاق النص شامل لما إذا كان البيع قبل الدحول وبعده، ولما إذا كان الروحان مملوكين أو أحدهما، ولما إذا كانا لمالك واحد أو أكثر، ولما إذا بيعا معاً أو على التعاقب أو أحدهما خاصة، ولمقتضى الإطلاق يلزم ثبوت الخيار لكل من المالكين بالبيع، من حيث أنه عليه السلام حكم بكونه طلاقاً واطلاق. الثاني: هذا الخيار على الفور اقتصاراً في المحالف للأصل على ما به تدفع الضرورة، فلو أخر لا لعذر سقط الخيار، ولو جهل أصل الخيار لم يقدر، لأنه معذور بالتأخير، ولأن الحكم بالخيار مما يخفى على أكثر الناس، فلو كان التأخير للجهل

(١) القول الأول: ثبوت الخيار ذهب إليه الشيخ في نهاية ٤٧٧ وابن لبراج في المذهب ٢١٧٢ وابن حجر في الوسيلة ٣٦٢

القول الثاني: عدم ثبوت الخيار ذهب إليه ابن عروس في السرائر ٣٠٥

(٢) الكافي ٤٨٣ ح ٥، الفقيه ٣٥١ ح ٣ حدث ١٦٨١

مسقطاً انتفتت فائدته غالباً.

أما الجهل بالموردية فالظاهر أنه ليس عدراً فيسقط بالتأخير حيثئذ؛ لأنه وحده إلى المسخ سبيلاً ولم يفعل وذلك ينافي بقور، وما ذكره في حيار الأمة إذ اعتنقت آت هنا.

الثالث المخالف في ثبوت الحصار ذا بيع العبد وكانت تحته حرة هو ابن ادريس<sup>(١)</sup> محتجاً بأن الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع اليقين.

والمحتار وأكثر الأصحاب على الثبوت، لأن محمد المشرى إما أن يقتضي ثبوت الخيار له أم لا، وإن ما كان لم يفرق بين مشري لعبد والأمة؛ لا شراكهما في المقتضي على تقدير الاقتصار، وعدمه على تقدير العدم؛ ولأن الضرر المتوقع في محمد المذكور مع كون الروحة أمه ثابتة إذ كانت حرة، ولما روى محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السلام قال «إذا تزوج المملوك حرة فملولى أن يفرق بينهما، وإن تزوج المولى حرة فله أن يفرق بينهما»<sup>(٢)</sup>، وليس بغير إجماع، فيجوز على أن له أن يفعل ما يؤول إلى التفريق، بأن يبيع فيشبه الخيار انسحر إلى انفريق محاراً

قال ابن ادريس هذه الرواية شاذة أوردها شيخنا في نهايته<sup>(٣)</sup> إيراداً لا اعتقاداً، والعباس على بيع الأمة باطل، وقد رجع شيخنا في مبسوطه فقال: وإن كان للعبد روحه فباعه مولاه فلكاحه بقى بالاجماع<sup>(٤)</sup>.

وشنع عليه المصنف في المحتف فيحمل ذلك على القياس؛ لأنه لو فقدت المصوص في هذا الباب لأمكن ستعدة مساواة العبد للأمة في ذلك، من أن الشارع

(١) لسائر: ٣٠٥.

(٢) لتهدية ٢٣٩٧ حديث ١٢٨٧، الاستبصار ٢٠٦٣ حديث ٧٤٤.

(٣) النهاية: ٤٧٧.

(٤) المبسوط ٢٥٧٤، السراي ٣٠٥.

لم يفرق بينهما في مثل هذه الاحكام كما لم يفرق في الثبوت وغيره<sup>(١)</sup>.  
قال: وقول الشيخ في المبسوط ليس رجوعاً عما قاله في النهاية، لأن بقاء  
التكاح لا يتنافى الخيار للمشتري.

اقول: المعنى به هو ما عليه الأصحاب

الرابع: خيار المالك الآخر ثابت بالبيع كما ثبتت الخيار للمشتري، ولا يتقيد  
بأختيار المشتري الامضاء وإن كان ظاهر عبارة الكتاب قد توهم ذلك، فأيهما اختار  
القسح امسح التكاح، سواء أختار الآخر الامضاء أو لم يختار شيئاً  
ومع ابن ادريس ثبوت الخيار له محتج بأن الأصل عدم فيحتاج مثبته الى  
الدليل، ويمكن الاحتجاج بظاهر الحديث السابق المنصص كون بيع الأمة طلاقاً،  
فإنه كما يصلح للدلالة في جانب المشتري يصلح لها في جانب المالك إذا لا اولوية.  
ويؤيده أن المالك الآخر إنما وصي بالعقد مع لملك الأول، والأحوال مختلف  
باختلاف الملاك، وربما ترتب عليه صرر لو بقي التكاح، فيكون ثبوت الخيار وسيلة  
إلى التخلص منه.

وإلى هذا القول ذهب الشيخ وجماعة<sup>(٢)</sup> منهم المصنف، ولم يصرح المهيد<sup>(٣)</sup> وابن  
هجرة<sup>(٤)</sup> بذلك في شيء، ولا يحتاج هذا النسخ إلى حضور الحاكم، إذ لا مقتضى له من  
ضرب عدة ونحو ذلك.

(١) المختلف: ٥٦٨

(٢) منهم ابن البراج في المذهب ٢: ٢١٧، وصخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٦٠

(٣) المقتضى: ٧٨

(٤) الوسيلة: ٣٦٢

ولو تعدد لملك فاحتر بعضهم الفسخ، فقدم اختياره على اختيار الراضي.

ولو باعها المالك الواحد على اثنين تخير كل منهما، ولو اشتراها واحد تخير.

ومهر الأمة لسيدها، فإن باعها قبل الدخول وفسخ المشتري سقط، وإن أجاز فالمهر للمشتري.

ولو باع بعد الدخول فالمهر للبائع، سواء أجاز المشتري أو لا.

قوله: (ولو تعدد الملك فاحتر بعضهم الفسخ قدم اختياره على اختيار الراضي).

أى على احسار الراضي بالنكاح، وذلك لأن حصار الراضي بالنكاح يقتضي تقريره ولزومه من حابه، فيبقى نزلله من جانب غيره، وهذا احتار الفسخ الفسخ، ومثله ما اذا اشرك الخيار بين البائع ومشتري، فحسار احدهما الامضاء والآخر الفسخ.

قوله: (ولو باعها المالك الواحد على اثنين تخير كل منهما، ولو اشتراها واحد تخير).

وجهه: قيام لمقتضي في كل منهما، فإن الحديث لسابق دل على أن بيع كل من الأمة والعبد بمنزلة لطلاق، ولا أثر في ذلك؛ لتعدد البائع واتحاده وكذا المشتري. قوله: (ومهر الأمة لسيدها، فإن باعها قبل الدخول وفسخ المشتري سقط، وإن أجاز فالمهر للمشتري، ولو باع بعد الدخول فالمهر للبائع، سواء أجاز المشتري أو لا).

لا يخفى أن المهر عوض البصع، فإن في النكاح شائبة المعاوضة، فالمهر وحق العوض أن يكون للمالك العوض، وحيث كان بصع الأمة مملوكاً للسيد فالمهر له

لا محالة، فإن باعها قبل الدخول فقد قررنا أن للمشتري الخيار، فإن مسمع سقط  
المهر.

فإن الفقرة قبل الدخول بموجب سقوط المهر إذا كانت من الروجة، وكذا إذا كانت من السيد فإنه مالك ليضع ما يفرقة به كالفرقة بها. وإن أجاز المكاح لزم وكان المهر له؛ لأن الإجارة كالعقد المستأنف فيطالب بجميع المهر، ولو كان الزوج قد أقبضه الأول استرده منه ودفعه إلى الثاني.

ذهب إلى ذلك ابن دريس<sup>(١)</sup>، وجماعة منهم المصنف، والمحقق ابن سعيد<sup>(٢)</sup>، وغيرهما<sup>(٣)</sup>.

وقال الشيخ في النهاية إداً رُجِحَ الرجلُ بخاريته من غيره وسمي لها مهرأ معيأً، وقدم الرجل من جملة المهر شيئاً معيأً ثم باع الرجل الحارثة، لم يكن له المطالبة في المهر ولا لمن يشتريها، إلا أن يرصى بالعقد.

وبعده ابن الرراج<sup>(١)</sup>، ودل في المسوط. إن المهر إن كان قد قبضه الأول فهو له، فإن كان بعد الدخول فقد استقر، وإن كان قبله رد نصفه، وإن كان لم يقبضه فلا مهر لها لا للأول ولا للثاني. فإن احتار مشتري امضاء العقد ولم يكن قد قبض الأول المهر كان للثاني، لأنه تجدد في ملكه، وإن دخل بها بعد الشراء فقد استقر له الكل. وإن طلقها قبل الدخول كان عليه نصف المهر للثاني، فإن كان الأول قد قبض المهر ورصي الثاني بالعقد لم يكن له شيء، لأنه لا يكون مهران في عقد واحد.

(١) السرائر ٢٤٦

(٧) الشرائع ٢ ٣٦٣

(٣) انظر: التفتيح ابراهيم ١٦٢٣

(٤) النجاسة: ٤٩٩

(٥) المذهب ٢٢٠، ٢

وإن باعها قبل الدخول فرضي لمشتري بالعقد ودخل بها لروح بعد البيع كان نصف المهر للسيد الأول ونصفه للثاني؛ لأن النصف الآخر استقر بالدخول وكان ذلك في مدك الثاني.

فإن كان الأول قد قبض بعض المهر ثم باعها لم يكن له المطالبة بباقي المهر، سواء دخل بها أو لم يدخل؛ لأنه حال بينه وبين الاستمتاع بها، وإن كان الثاني قد رضي بالعقد كان له المطالبة بباقي المهر وإن لم يرص لم يكن له ذلك<sup>(١)</sup>

هذا كلامه، وفي بعض شقوق المسألة تدافع، ومع ذلك فقد تضمن أن لقبض الأول المهر أو بعضه تأثيراً في استحقاقه وعدمه، وهو موافق لمقتضاه وحجته رواية سعدان بن مسلم عن أبي بصير عن أحمد بن محمد بن علي بن أبي حمزة عن رجل تزوج مملوكة من رجل على أربع مائة درهم، ففعل له مائتي درهم ثم أحر منه مائتي درهم فدخل بها زوجها، ثم أن سوتها باعها بعد من رجل، من تكون لمائتان المؤخرة عنه<sup>(٢)</sup> فقال: «إن لم يكن أوقاها بقية المهر حتى باعها فلا شيء عليه له ولا لغيره»<sup>(٣)</sup>

وقد نزلها المصنف في المحتسف على أن المراد بالدخول الخلوة دون الإيلاج، وقوله: «إن لم يكن أوقاها بقية المهر» معناه: إن لم يكن فعل الدخول الذي باعتباره يجب أن يوفى بها المهر ثم باعها لم يكن له شيء للفسخ بالبيع من قبله قبل الدخول، ولا لغيره إذا لم يجر العقد<sup>(٤)</sup>.

ولاريب في بعد هذا التنزيل، ولو اكتفى بحمل الدخول على الخلوة لكان ذلك كافياً في عدم دلالتها.

فإن قيل: قوله: (إن لم يكن أوقاها)، يقتضي أن يكون عدم الوفاء شرطاً

١) بسوط ٤: ١٩٨

٢) نسخة ٢٨٨: ٣ حديث ١٣٧٠ التهذيب ٧: ٤٨٤ حديث ١٩٤٥

٣) مختلف ٥٧٥

لعدم استحقاقه واستحقاق غيره شيئاً فيستحق مع عدم الشرط.  
قلنا إذا لم يستحق شيئاً مع عدم لوفاء فمعه بطريق أولى، هـ قول الشيخ<sup>(١)</sup>.  
وأما قول لأصحاب فيمكن أن يحتج له بأن البصع ومساغه ينتقل إلى السيد  
الثاني وهو المشتري، فإذا كان البيع قبل الدخول وجب أن يسقط حق الأول من  
المهر، لأن البيع كالطلاق، ولأنه قد تعذر تسليمه للبضع فانتفى المعوض من قبله،  
فوجب أن يسقط استحقاقه للمعوض، وباعتبار جارة الثاني وجب أن يكون كالعقد  
المستأنف في استحقاق المهر، ولا أحد في ذلك لأن المعوض الآن حق له فليكن المعوض  
كذلك.

فإن قيل: قد وجب المهر قبل البيع فليكن للأول، لأنه وجب في ملكه والاجازة  
تقرره.

قلنا: لم يجب مجاناً، بل في مقابلة المعوض وهو مباح البصع، وقد حررت عنه  
بالبيع قبل التسليم وتعذر تسليمها، فكيف يتصور بعاؤها للأول.  
فإن قيل: قد سبق في الأمة المروحة إذا اعتمدت قبل الدخول فاحسرت، أن  
المهر للسيد إن أوجبتاه بالعقد، ومقتضاه هنا أن يكون المهر للبائع  
قلنا: يمكن الفرق بأن البيع معاوضة تقتضي عليك المنافع تبعاً للعين، فتصير  
منافع البضع مملوكة للمشتري، ولولا ذلك لم يصح البيع لجهالته وقت الانتفاع، كما لو  
اسكنه عمر أحدهما ثم باع، لدر فإيه لا يصح، لبيع على الأصح، بحلاب العتق فإيه  
لا يقتضي غلكتياً، وإنما هو ملك فعلي الأمة المروحة تكون المنافع كالمستثناة للسيد  
وفي البيع ينتقل إلى المشتري.

ولعل هذا هو منشأ الخيار فيه، وبما قررناه علم أن قول الأول أقوى، وهذا إذا

كان البيع قبل الدخول، أما إذا كان بعده فإن المهر للبائع، سواء أجاز المشتري أم لا، وسواء قبض شيئاً من المهر أم لا، خلافاً لمشيخ<sup>(١)</sup> كما سبق ووجهه ظاهر مما قررناه، فإن الدخول موجب لاستقرار المهر لحصول مقصود المعاوضة حتى لو طلق لم يؤثر فيه، ولم يسقط منه شيء بالبيع بطريق أولى.

فائدة: ذكر المصنف في التحرير بأن إجازة المشتري للنكاح كالعقد المستأنف، وكذا غيره<sup>(٢)</sup>، والظاهر أن المراد بذلك كون نكاح الأمة المبيعة قد انقلب من اللزوم إلى نحو العقد المصولي.

وقد يتفرع على ذلك كون مهر كنه للمشتري إذا أجاز قبل الدخول، ووجهه: إن البيع معاوضة حقيقية تستتبع انقضاء حق المالك في التدخل في مباح البضع في ملك المشتري، ولولاه لم يصح البيع لصروحه لمبيع مجهولاً لجهالة وقت الانقضاء، فيصير العقد بالاضاعة إليه كالمصولي.

بخلاف العتق فإنه يفتضي ملك المالك عن الرقبه، وبعد انقطاع السلطة عنها يلزم انقطاعها عن المنافع ما لم يسبق ثبوت السلطة عليها قبل العتق، فلا يلزم رد الـنكاح أصلاً ورأساً وإن صار مترلاً.

فإن قيل: قوله عليه السلام: «مكت بضعك فاختاري»<sup>(٣)</sup> يقتضي ثبوت ملكيتها، فكيف تكون مملوكة للزوج.

قلنا: هذا كناية عن رفع سلطة المولى عنها، إذ ليس هناك ملك أصلاً، أو أنه عليه السلام أراد بملك البضع ثبوت الخيار المقتضي إليه، كأنه قال: ثبت لك الخيار المقتضي إلى قطع السلطة عن البضع فاختاري.

(١) البسيط ١٩٨:٤

(٢) تحرير ٢٣:٢

(٣) التهذيب ٣٢٢:٢ حديث ١٣٩٦، سنن البيهقي ٢: ٢٢٠



ولو باع عبده فلهمشتري الفسخ، وعلى المولى نصف المهر للحرّة،  
ومنهم من أنكرهما.

قوله: (ولو باع عبده فلهمشتري الفسخ، وعلى المولى نصف المهر  
للحرّة، ومنهم من أنكرهما).

قد بينّا أنه إذا باع لعبد يثبت للمشتري الخيار في فسخ النكاح وإن  
كانت الروجة حرّة، وبينّا دليلاً وحكماً خلافه من إدریس<sup>(١)</sup> وبنا صغفه  
وأما لمهر فإن متعلقه بمن المولى على أصحّ لأقوال وقد تقدّم، فإن كان البيع  
بعد الدخول فقد سقر المهر وأوجب جميعه للروجة الحرّة على المولى، وإن كان قبله  
ففي وجوب جميعه أو نصفه قولان للأصحاب

أحدهما - وهو اختيار كشح<sup>(٢)</sup>، ولاكر<sup>(٣)</sup> - وجوب النصف، إما بناء على أن  
العقد يوجب نصف المهر ويحب بالدخول النصف الآخر، أو لأن الفسخ في معنى  
الطلاق؛ لاشتراكهما في إبانة عصمة النكاح فيستويان في حكم المهر، ولرواية على بن  
حمزة عن أبي الحسن عليه السلام، في رجل زوّج مملوكاً له امرأة حرّة على مائة درهم،  
ثم باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: «يعطيها سيده من ثمنه نصف ما عرض لها، إنما  
هو بمنزلة دين استدانه بأمر سيده»<sup>(٤)</sup>.

والثاني - وهو اختيار ابن إدریس<sup>(٥)</sup> - وجوب الجميع بناءً على أن المهر كله  
يجب بالعقد، ونشطره بالطلاق ثبت بالنص<sup>(٦)</sup> والاجماع، والحق المسح به قياس  
باطل.

(١) السرائر: ٣٠٥

(٢) النهاية: ٤٩٩

(٣) منهم ابن الجراح في المذهب ٢: ٢٥٠، ومهر المحدثين في الإيضاح ١٦١٣

(٤) الفقيه ٢٨٩٣ حديث ١٣٧٥، التهذيب ٨: ٢٦٠ حديث ٧١٥

(٥) لسراير: ٣١٧

(٦) البقرة: ٢٣٧

ولو باع أمة وادعى أن حملاً منه فأنكر المشتري، لم يقبل قوله في فساد البيع.

وفي قبول الالتحاق به نظر ينشأ من أنه اقرار لا ضرر فيه، ومن إمكان الضرر بشرائه فهدراً لو مات أبوه عن غير وارث.

واعلم أننا قد أوجعنا في نظير هذه المسألة من الرضاع وغيره وحوب جميع المهر واستشكل المصنف ثم وحرّم بحوب النصف منها، ولعرق وجود أصلها واستعاؤه هناك، ولا يصح وضعه مع عمل أكثر الأصحاب. والعنوى على الأول وقوله: (ومهم من أكرها) يشير بالمشكر إلى ابن أدریس، وأراد بصهر النشبة ثبوت خيار الفسخ، دايم العبد وتحت جرة وحبوب صهر المهر فقط، وقد حققنا ذلك

قوله: (ولو باع أمة وادعى أن حملاً منه فأنكر المشتري، لم يقبل قوله في فساد البيع، وفي قبول الالتحاق به نظر ينشأ من أنه اقرار لا ضرر فيه، ومن إمكان الضرر بشرائه فهدراً لو مات أبوه عن غير وارث)

ليست هذه المسألة من مسائل هذا الباب، لكنه لما ذكر بيع الأمة لبيان حكم النكاح الذي هو مقصود الباب سنطرد إلى هذا الحكم المبني على البيع، وتحقيق ما هناك أنه إذا باع، لأمة سيدها ثم ظهر بها حمل فادعى أنه منه ينقسم إلى صورتين: أن يقطع بكون الحمل قبل البيع، بأن تلده بدون سنه شهر من حين البيع، وأن يجوز الأمر بأن كان تلده لدون أقصى مدة الحمل ولم يدخل بها المشتري، فإنها مع دخوله تصير فراشاً والولد للفراش.

ولاريب أن دعوى البائع هذه لو صحب لوحب الحكم بفساد البيع، فإن بيع أم الولد في غير الموضع المستند باطل فلا يقبل في فساد البيع، فإنه قد ثبت وحكم بصحته ظاهراً فلا يقدح فيه دعوى البائع ولا ينتص إليه إلا بالبيبة.

نعم لو ادعى عليه العلم فأنكر حلف لنفسه، وهل تقبل هذه الدعوى من حيث

أنها متضمنة اقراره بنسب الولد، فيحكم بلحاق الولد به؟ ينبغي القول في الصورة الأولى؛ لانتفاء المانع فإنه ليس إلا لزوم فساد البيع، وقد بينا أنه لا يفسد بمجرد قول البائع.

#### وفي القبول في الثانية نظر.

فإن قيل: الدعوى الواحدة إن كانت مقبولة وجب قبولها في الأمرين معاً، وإن كانت مردودة فهي مردودة بالنسبة إلى الأمرين معاً لأن قبولها في أحدهما دون الآخر يقتضي اجتهاد القبول والرد فيهما وهو باطل.

قلنا قد استلصصنا أن العمل بالأصلين المتساويين في حقوق الناس واجب لأنها مبنية على النضيق، وكل حق يشت للمشتري واقتضت الدعوى المذكورة بطلانه يجب الحكم بعدم قبولها فيه، وفيما سوى ذلك يجب قبولها توفيراً على كل مقتضاء. ومنشأ النظر: من أن المذكور اقرار لا ضرر فيه على المشتري؛ لأنه لا ضرر عليه في كون عبده ابناً لربد البائع، وكل اقرار كذلك يجب قبوله، لعموم «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز»<sup>(١)</sup> ومن أن نفوذ هذا الاقرار وثبوت هذا النسب يتوقع فيه الضرر، لا مكان أن يموت المقر عن غير وارث ويختلف تركته.

فإنه على تقدير ثبوت النسب يشتري من التركة ولو قهراً على سيده ليعتق ويحوز الارث، ولا شك في كون ذلك ضرراً على السيد فلا يكون الاقرار بافذاً. ولقائل أن يقول يمكن الحكم بالالتحاق إلا في حق المشتري، وتقريبه يعلم مما تقدم، وتظهر الفائدة فيما لو اشتراه لبائع فإنه يحكم عليه باعتقه، وكذا لو مات عن غير وارث فباعه المشتري مختاراً للعالم وأدى الثمن من التركة واعتقه، فإنه يجب أن يحكم بآرثه، عملاً بالاقرار السالم عن معارض، وهذا أقرب.

### المطلب الثالث: في الطلاق:

طلاق العبد بيده إذا تزوج بادن مولاه، ولا اعتراض لمولاه، سواء كانت زوجته حرة أو أمة لغير مولاه.  
وليس له إجباره عليه ولا منعه منه،

ولا يحفى أن نفوذ الاقرار مشروط فيه كونه المقر به حين الاقرار صعباً وبصدقه، واعلم أن قول المصنف (لم يقبل قوله في فساد البيع) يريد به أنه لا يقبل بمجرد، فأما إذا أقام سنة أو حلف اليمين المردودة فإنه يقبل قطعاً ولو أنه باع الأمة والحمل معاً، ثم ادعى كونه ولده لم تسمع دعوته أصلاً، لكونها منافضة للبع المقتضي لكونه مملوكاً، فلا يسمع ما ينافيه، وفي الالتحاق هنا نظر من وجه آخر وهو المناقضة

فإن قيل: كيف حرم بعدم القبول في فساد البيع، وتردد في الالتحاق. قلنا: لأن فساد البيع يقتضي إبطال حق موجود للمشتري، فلم يقبل الاقرار فيه بخلاف الالتحاق فإن ضرره متوهم

قوله: (المطلب الثالث: في الطلاق: طلاق العبد بيده إذا تزوج بادن مولاه ولا اعتراض لمولاه، سواء كانت زوجته حرة أو أمة لغير مولاه، وليس له إجباره عليه ولا منعه منه).

المشهور بين الأصحاب أن طلاق العبد بيده ليس للسيد فيه دخل، فليس له إجباره عليه ولا منعه منه إذا كان هو قد تزوج بادن السيد، سواء كانت زوجته حرة أو أمة بشرط أن تكون الأمة لغير السيد. والحجة ما روي من قوله عليه السلام:

### «الطلاق بيد من أخذ بالساق»<sup>(١)</sup>

ولرواية ليث المرادي عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن جواز طلاق العبد فقال: «إن كنت امتك فلا إن لله تعالى يقول ﴿عَبْدًا مَّالُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾، فإن كنت أمه قوم احريين أو حرة جارية طلاقه»<sup>(٢)</sup>.

وهذه وإن كانت غير دالة على مع السيد من الطلاق، لكن دلالتها على جواز الطلاق منه يقتضي ذلك؛ لأن استيريك بينهما في الطلاق لا قائل به

وحسنة علي بن جعفر عن أبيه بكظم عليه السلام، عن أبيه، عن علي عليه السلام «إن رجلاً أتاه بعبد رقيم ابنه تزوج بعير دبه، فقال علي عليه السلام: «فرق بينهما»، فقال السيد لعبد: «يا عبد والله طلق»، فقال علي عليه السلام «الآن فإن شئت فطلق وإن شئت فأمسك»، فقال السيد يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته في يد غيره، قال: «ذلك لأملك حيث قلت له طلق أقررت له بالكاح»<sup>(٣)</sup>.

وفيه الحديث إن الأمر بالطلاق يستدعي نكاحاً صحيحاً وهو يستلزم الإجازة من السيد، لا متدع صحة نكاح العبد بدون إذن المولى وإجازته، وخالفهما فريقان:

الأول: بن الجبير<sup>(٤)</sup>، وابن أبي عقيل<sup>(٥)</sup>، حيث نفيا ملكية العبد الطلاق من رأس؛ لرواية زرارة عن الباقر واصفاق عليها السلام: «المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بأذن سيده» قال: فإن روجه السيد بيد من الطلاق؟ قال: «بيد السيد

(١) سنن ابن ماجه ٦٧٢١ حديث ٢٠٨٦، سنن أبيهني ٣٦٠:٧

(٢) الكافي ١٦٨:٦ حديث ٢، التهذيب ٣٤٨:٧ حديث ١٤٢٣، الاستبصار ٢١٦:٣ حديث ٧٨٥.

(٣) التهذيب ٣٥٢:٧ حديث ١٤٢٣

(٤) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٩١

(٥) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٩١.

إلا أن تكون أمة لمولاه. فإن طلاقه بيد المولى، وله التفريق بغير طلاق مثل فسخ عقدكها، أو يأمر كلاً منها باعتزال صاحبه، وليس بطلاق فلا تحرم في الثاني لو تخلله رجعة.

«ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» الشيء الطلاق<sup>(١)</sup>.

ولرواية شعيب العفرقوني عن الصادق عليه السلام، وقد سئل عن طلاق العبد فقال «لا طلاق ولا نكاح إلا بامر مولاه»<sup>(٢)</sup>.

والنكرة المنفية للعموم، والجواب: الحمل على ما أفردت به أمة مولاه؛ لأن ما تقدم أحص، والخاص مقدم قال المصنف في المختلف: «يقول ابن أبي عمير وابن الجهم ليس عندي بعبد من الصواب، والأصح ما عنده الأكثر».

الثاني: أبو الصلاح، حيث قال: لسده أن محرمه على لطلاق<sup>(٣)</sup>، لأن تنعبد أمره وطاعته عليه واجب، ولأن له محرمه على نكاح، فكان له محرمه على رجعه وفسخه، ولرواية زرارة وشعيب لسالعتين.

والجواب: المنع من عموم وجوب تنفيذ أمره، ولا يلزم من جواز إيجارته على النكاح ثبوت ملكه في الطلاق، والروايتان لا حجة فيهما؛ لأنها عامتان والآخبار المتقدمة أحص والخاص مقدم، والمذهب ما عنده الأكثر.

قوله: (إلا أن تكون أمة لمولاه فإن طلاقه بيد المولى، وله التفريق بغير طلاق، مثل فسخ عقدكها، أو يأمر كلاً منها باعتزال صاحبه وليس بطلاق، فلا تحرم في الثاني لو تخلله رجعة).

هذا استثناء من قوله: (طلاق لعبد) فإنه لم يدل على أن طلاق أمة المولى

(١) التهذيب ٣٤٧٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٢٦٤٣ حديث ٧٨٠

(٢) التهذيب ٣٤٧٧ حديث ١٤٢١، الاستبصار ٢٦٥٣ حديث ٧٨٢

(٣) نكاحي في لغة ٢٩٧

إذا كانت زوجته ليس بيده إلا بمفهوم لمخالفه من قوله. (أمة لغير مولاه)، وتحقيقه: إن زوجة العبد إذا كانت أمة لمولاه فإن طلاقها وإزالة قيد نكاحها هو بيد المولى ولا دخل للعبد فيه إجماعاً.

ويدل عليه من النصوص صحيحة محمد بن مسلم: قال: سألت الباقر عليه السلام عن قول الله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ قال: «هو أن يأمر الرجل عبده وتحتة أمة فيقول له: اعترل امرأتك ولا تقر بها، ثم يحبسها حتى يخلص ثم يمسها»<sup>(١)</sup>.

ورواية ليث المرادى السابقة فإنها نص في الباب، وكذا رواية زرارة<sup>(٢)</sup> ورواية شعيب<sup>(٣)</sup> السالعتان فإنهما متركتان على أمة المولى إذا تقرر ذلك، فلمولى التفريق بلفظ الطلاق ولفظ المسح وبالأمر بالاعتزال كما دلل عليه الاحيار

فأما الطلاق فلفظه ظاهر، وأما المسح فهو مسحت نكاحهما، أو عقدكما وما جرى مجراه وأما الأمر بالاعتزال محقيقته أن يأمر كلاً منهما باعتزال صاحبه، وقد دلت رواية محمد بن مسلم على ذلك، لأن فيها «فيقول له اعمرل امرأتك ثم يحبسها حتى يخلص» لأن الظاهر أن المراد بحبسها منعها منه واعتزالها إياه وإذا كان الأمر بالاعتزال كائناً في إزاله النكاح فالمسح أولى منه وينفرع على ذلك مسائل:

الأولى: إذا طلق المولى بلفظ طلاق فاللائح من عبارة المصنف أنه يعد في الطلاق، فإن قوله في التفريق بغير طلاق (وليس بطلاق) يشعر بأن التفريق بالطلاق يعد طلاقاً، وكذا عبارته الارشاد والشرح<sup>(٤)</sup>، وعلى هذا فيشترط فيه شروط الطلاق

(١) الباء، ٢٤، الكافي ٨١٥ حديث ٢، التهذيب ٣٤٦٧ حديث ١٤١٧

(٢) الكافي ١٦٨: ٦ حديث ٢، التهذيب ٣٤٨٧ حديث ١٤٢٣

(٣) التهذيب ٣٤٧٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٢٩٤٣ حديث ٧٨٠

(٤) التهذيب ٣٤٧٧ حديث ١٤٢١، الاستبصار ٢٩٥٣ حديث ٧٨٢

كلها.

وبذلك صرح بعض الأصحاب<sup>(١)</sup>، وهذا إما يستقيم إذا قلنا بأن تزويج السيد عبده بأمره عقد نكاح، أما إذا قلنا أنه باحة فلا، ولم يرحح المصنف فيه تقدّم واحداً من الأمرين.

الثانية: إذا فسح المولى بلفظ الفسخ الأمر بالاعتزال في عده طلاقاً قولاً صرح المصنف هنا وفي غير هذا الكتاب بأنه لا يعد<sup>(٢)</sup>، فإن قوله هنا (وليس بطلاق) يريد به وليس واحد من الأمرين اللذين قبله، أعني فسحت، ولأمر بالاعتزال، وكأنه يريد بعدم عده طلاقاً لعموم، سواء فسح في هذا نكاح أو باحة أما إذا قلنا أنه باحة فظاهر: لأن وقوع الطلاق مخرج ثبوت النكاح وأما على أنه نكاح: فلا به لم يقع بلفظ الطلاق، وبطلاق لا يقع بالكتابة عندنا، ولأن فسح النكاح الحقيقي بلفظ الفسخ لا يعد طلاقاً في شيء من الأبواب كالفسخ بالعق والعيب والتدليس وغيرها فهذا أولى.

وإلى هذا ذهب ابن اندرس<sup>(٣)</sup>، ونصنف، وابن سعيد<sup>(٤)</sup>، وهو الأصح، والقول الثاني للأصحاب: أنه طلاق - وهو قول لاكثر<sup>(٥)</sup> - وأنه أحد الطريقتين لدفع قيد النكاح فكان كالمخلع، ولأن المولى محترق بين الأمرين، أعني الطلاق والفسخ، فلو أن كل واحد منها كالآخر في حصوله لمصود منه امتنع الاكتفاء به عنه، وليس هو

(١) صرح به الصدوق في صفح ٢٥٠ ٢

(٢) مختلف ٥٦٨

(٣) سرائر ٣٠٦

(٤) لسرايع ٣١٦، ٢

(٥) منهم الشيخ المفيد في صفح ٧٧، والشيخ الطوسي في نهايه ٤٧٨ وأبو الصلاح الحلي في النكاح في صفح

٢٩٧، وابن البراج في المذهب ٢١٨، ٢



## ولو استقل العبد بالطلاق وقع على اشكال

كالفسخ بالعيب ونحوه، لأن البدلية عن طلاق به منتزعة بخلاف ما هنا، ولأنه أقرب إلى الاحتياط، ويصعب بأنه لا يترتب من رول بيد لكاح به أن يكون كالطلاق في جميع أحكامه.

فإن قلنا بالأول لم يشترط فيه شروط الطلاق ولم يعد في الطلقات، فلو رجع بادن المولى بعده في محل الرجعة، أو استأنف الكاح بالأذن بعد الحيض لم تحرم بالفسخ الثاني إلى أن ينكح زوجاً غيره.

والى هذا أشار المصنف بقوله (فلا يحرم في الثاني لو تحلله رجعة) أي؛ فلا تحرم في الفسخ الثاني لو تحلل به في رجعة (فلا يحرم في الثاني لو تحلله رجعة) أي؛ فلا تحرم في الفسخ الثاني لو تحلل به في رجعة، ولا يحق أنه يعتبر في الرجعة أدن السيد كما في الكاح، ومثل الرجعة استئناف الكاح في محله وإن أهمله المصنف لظهوره. والمراد بالتحريم الحرمان إلى أن ينكح زوجاً غيره، لأن هذا شأن الأمة بعد تطليقتين وإن قلنا بالثاني ثبت جميع ذلك.

المسألة الثامنة أشار إليها المصنف بقوله (ولو استقل العبد بالطلاق وقع على اشكال).

وتحقيقها إن العبد المزوج بأمة سيده بأذنه إذا وقع طلاقها استقلالاً من دون أدن السيد، هل يقع الطلاق أم لا؟ فيه اشكال ينشأ من دلالة رواية ليث المرادي على عدم الوقوع، فإن فيها قوله عليه السلام: «إن كانت أمتك فلا إن الله تعالى يقول: ﴿عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾»<sup>(١)</sup>، وهي نص.

وقريب منها رواية زرارة<sup>(٢)</sup>، ورواية شعيب<sup>(٣)</sup> السابقان.

ومن أنه روج فيقع طلاقه لقوله عليه السلام: «الطلاق بيد من أخذ

(١) الكافي ١٦٨: ٦ حديث ٢، التهذيب ٣٤٨: ٧ حديث ١٤٢٣

(٢) التهذيب ٣٤٧: ٢ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٢١٤: ٣ حديث ٧٨٠

(٣) التهذيب ٣٤٧: ٢ حديث ١٤٢١، الاستبصار ٢١٥: ٣ حديث ٧٨٢

ولو أمره بالطلاق فالأقرب أنه فسخ إن جعلناه اباحة، وإلا فاشكال.

بالساق<sup>(١)</sup>، ويضعف بدلالة ما سبق على اختصاص ذلك بما عدا صورة النص، وحقق الشارح الفاصل بناء الوقوع على كونه نكاحاً، وعدمه على كونه اباحة<sup>(٢)</sup>.  
ويبطل بأنه على الاباحة يمتنع القول بوقوع الطلاق من كل من العبد والسيد، فلا يجيء الوحهان إلا على القول بالنكاح، ولأصح عدم الوقوع  
المسألة الرابعة أشار إليها المصنف بقوله: أولو أمره بالطلاق فالأقرب أنه فسخ إن جعلناه اباحة، وإلا فاشكال

وتحقيقها، إنه إذا أمر السيد عبد المروح بأمة السيد بالطلاق فهل يكون مجرد أمر السيد فسخاً للتزويج أم لا؟ فيه وجهان: فإن جعلنا هذا التزويج اباحة فأقرب الوجهين أنه فسخ، وإن جعلناه نكاحاً فاشكال يشأ من تكافؤ الوجهين، وحده القرب على القول بالاباحة أن عصمة هذه التزويج على تقدير أنه اباحة ضعيفة يكفي في رفعها أدنى سبب يدل على المنع.

ولاريب أن الأمر بالطلاق دال عليه، ولأن الأمر بالاعتزال فسخ بالنص<sup>(٣)</sup> والاجماع، مع عدم صراحته في إرادة قطع تلك العصمة، فالأمر بالطلاق أولى؛ لأنه ادل على إرادة قطعها من الأمر بالاعتزال، وفي هذا الوجه قوة ويحتمل ضعفاً لعدم عنده؛ لأن المفهوم من الأمر بالطلاق إرادة إيجاده من العبد، فلا يحصل قبله.

ويضعف بأن هذا مدلوله المطابقي، ولمدعى هو المدلول الالتزامي، ولأن الأمر بالطلاق يستدعي بقاء الزوجة إلى حين إيقاعه، فلو دل على الفسخ قبله لتنافي

(١) مس ابن ماجه ٦٧٢،١ حديث ٢٠٨١، سنن أبيهني ٣٦٠-٧

(٢) مصاح الفوائد ١٦٢٣

(٣) الكافي ٤٨١:٥ حديث ٢، تنهيد ٢٤٦:٧ حديث ١٤١٧

## وكذا الاشكال لو طلق العبد.

مدلول اللفظ ولما منع أن يمنع هذا الاستدلال، فإن المستدعي هو صحة الطلاق، أما الأمر به فلا، ولأنه لو دل على الفسخ لامتنع فعل مقتضاه فيمتنع الخطاب به. والتالي معلوم البطلان، والملازمة ظاهرة، لأن الفسخ إذا وقع امتنع الطلاق، وبطلان التالي ممنوع. ولأن أمره بالطلاق يدل على طلب الامتثال، وذلك يقتضي إرادة عدم الفسخ ضرورة، وفيه منع.

وأما تكافؤ الوجهين على القول بالنكاح؛ فلأن الرامع للنكاح ابتداء من غير توسط أمر آخر كعيب ونحوه هو الطلاق، والأمر به لا يعد طلاقاً قطعاً، فيبقى النكاح معه، ويحتمل إقادته مفاده؛ لأنه أقوى في الدلالة على مقصوده من الأمر بالاعتزال، وعدم الرقوع على القول بأنه نكاح قريب.

المسألة الخامسة أشار إليها المصنف بقوله (وكذا الاشكال لو طلق العبد). وتحقيقها؛ أنه في الصورة المذكورة إذا أمر السيد العبد بالطلاق فطلق هل يقع أم لا؟ ذكر المصنف فيه اشكالا، وعلى تقدير وقوعه هل يعد طلاقاً أو مسخاً لم يتعرض إليه المصنف. ومنشأ الاشكال: من وقوع لصيغة من أهلها في محلها، وذلك لأنه إنما منع منه لكونه بيد المولى، فإذا أمره به صار نائباً عنه، فوجب الحكم به؛ لزوال المانع. وقد دلت رواية زرارة<sup>(١)</sup> على وقوع طلاق العبد بأذن السيد كالنكاح، وبيننا بأنها منرفة على ما إذا نكح أمة المولى.

ولعموم: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»<sup>(٢)</sup>، خرج منه ما إذا لم يأذن المولى فيبقى الباقي على أصله متناولاً لصورة النزاع. ومن أن ظاهر رواية محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup> انحصار الفرقة هنا في أمر السيد

(١) التهذيب ٣٤٧:٧ حديث ١٤٦٩، الاستبصار ٢١٤:٣ حديث ٧٨٠

(٢) سنن ابن ماجه ٦٧٢:١ حديث ٦٧٢، سنن البيهقي ٣٦٠:٧

(٣) الكافي ٤٨١:٥ حديث ٢، التهذيب ٢٤٦:٧ حديث ١٤١٧

ولو طلق الأمة زوجها ثم بيعت، أكملت العدة وكفت عن الاستبراء على رأي.

بالاعتزال، لاسبها على القول بأنه اباحة لا نكاح، فإن الطلاق لا يجمع الاباحة فيقع لاغياً.

والأصح الوقوع، ودليل الثاني ضعفه، وعلى ما اخترناه من كون هذا التزويج نكاحاً فهو محسوب طلاقاً؛ لوجود مقتضي ونظام المراجع، وعلى أنه اباحة، فإن قلنا بوقوعه كان فسخاً وإلا كان لغواً.

قوله: (ولو طلق الأمة زوجها ثم بيعت أكملت العدة وكفت عن الاستبراء على رأي).

لو طلق الأمة زوجها بعد الدخول بها، سواء كان الزوج حراً أو عبداً، وسواء كانا مملوكين لواحد أو لمتعدد، ثم باع السيد لأمة فهل يكفي اكمال العدة عن استبراء المشتري؟ فيه قولان:

أحدهما - واختاره الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup>، وابن البراج<sup>(٢)</sup>، وابن ادريس<sup>(٣)</sup> - إنه لا يكفي فيجب بعد العدة الاستبراء ولا تحل بالمشتري بدونه؛ لأنها حكمان مختلفان لمكلفين ولكل منهما سبب يقتضيه، فاسقاط أحدهما بالآخر يحتاج إلى دليل.

والثاني: - واختاره المصنف في المختلف<sup>(٤)</sup> - إنه يكفي؛ لأن الغرض من الاستبراء العلم ببراءة الرحم، ولقد يكفي ستراء البائع لها بالنسبة إلى المشتري، ويسقط لو كانت أمة امرأة أو حائضاً، ولعدة أدل على ذلك، ولأنها بقضاء العدة

(١) لبسوط ٥: ٢٦٩

(٢) انهدب ٢: ٣٣٣

(٣) اسرائر ٥: ٢١٥

(٤) مختلف ٥٧٢

### الفصل الثالث: في الملك، وفيه مطلبان:

الاول: ملك الرقبة، ويجوز أن يطاء بملك اليمين ما شاء من غير

حصر.

مستبرأة فلا يجب عليها استبراء آخر، ولأن وجوب الاستبراء بالبيع إنما هو من احتمال وطء البائع لغرض وطء المشتري، وكلاهما محتمل في صورة النزاع، وهذا أصح.

والظاهر عدم الفرق بين ما اذا طلقت أو بيعت وعكسه ووقوعهما معاً، ولو أن

المصنف أتى بالواو عوضاً عن في قوله (ثم بيعت) لصحت العبارة للمصور

قوله: (الفصل الثالث: في الملك وفيه مطلبان:

الأول ملك الرقبة: ويجوز أن يطاء بملك اليمين ما شاء من غير

حصر).

تقدم أن نكاح الاماء يستباح بأمرين العقد والملك، وقد سبق الكلام على

العقد على الاماء مستوفى، وهذا الفصل لبيان أحكام النكاح بالملك، ولما كان دائراً بين

ملك الرقبة وملك المنفعة بين أحكامه في مطلبين وابتدأ بملك الرقبة، لأنه الأصل في

الباب.

وقد تطابق الأصل والاجماع من كافة أهل الاسلام على جوار النكاح بملك

اليمين، ونصوص الكتاب<sup>(١)</sup> والسنة<sup>(٢)</sup> بذلك متواترة، ويؤيدها أن جميع منافع الأمة

حق لسيدها، ومن جهة المنافع البضع

وكما أنه لا خلاف في حل الوطء بملك اليمين كذا لا خلاف في أن الموطوءات

(١) النساء: ٢٥

(٢) الكافي ٤٧٤:٥ باب السراري والاماء انصفه ٢٨٥:٢ باب ١٤١، التهذيب ١٩٨:٨ باب ٩

فإن زوجها حرمت عليه حتى النظر إليها بشهوة، أو إلى ما يحرم على غير المالك إلى أن يطلقها وتعتد إن كانت عدة.

لا يحصرن في عدد، بخلاف النكاح بالعقد ويدل عليه قول الإجماع قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ وكلمة (ما) من أدوات العموم فيتناول ما لا نهاية له، ولعل السر فيه قوة السطنة بالملك، وخفة حقوق المملوكة، وكون استحقاق مافع البضع بالمالة معدوداً من جملة الأموال، فلا ينطرق إليه ما ينطرق إلى النكاح بالعقد من محذور الميل والخلف.

ولا يحفى أن هذا إنما هو في طرف الرجال، أما النساء فإن ملك اليمين مهن ليس طريقاً إلى حل الوطء ولا النظر، وفي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «مضى أمر المؤمنين عليه السلام في امرأة مكنت نفسها من عبد لها فكبحها أن تصرب مائه سوط، وتصرب أعبد حمسين جلدة ويباع بصعر مائة»<sup>(١)</sup> الحديث.

وقد تقدم الكلام في حوار نظر المحصي إلى مولاته أو مطلقاً وعدمه قوله: (فإن زوجها حرمت عليه حتى النظر إليها بشهوة، أو إلى ما يحرم على غير المالك إلى أن يطلقها وتعتد إن كانت ذات عدة).

إذا زوّج الرجل أمة حرم عليه جميع أنواع الاستمتاع بها حتى النظر إليها بشهوة، وإن كان إلى وجهها وكفها، وإن كان بغير شهوة، وحرم نظره إلى ما يحرم على غير المالك منها دون غيره، لأن بصرة الأحمية

فإن وجوه الاستمتاع بمملوكة للروح فتحرم على غيره، لامتناع حل الاستمتاع لغير واحد، وقد رواه مسعدة بن زياد قال قال أبو عبيد الله عليه السلام.

(١) لسانه: ٢٤

(٢) لكاتبه ٤٩٣ هـ حديث ١، نهيه ٢٨٩:٢ حديث ١٣٧٢، التهذيب ٢٠٦:٨ حديث ٧٢٧

«يحرم من الاماء عشرة: لا يجمع بين الأم والبنت، ولا بين الاختين - إلى أن قال - ولا أمتك ولها زوج»<sup>(١)</sup> الحديث. والمراد أن المملوكة ولها زوج حرام، وإطلاق التحريم يتناول جميع وجوه الاستمتاع، لاستنفاء المخصص، ولأن ذلك هو المتبادر من هذا اللفظ.

وسأل عبدالرحمن بن الحجاج أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج مملوكته عبده، أتقوم عليه كما كانت تقوم عليه فقراه مكشفاً أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك وقال «قد منعتني أبي أن زوج بعض عتامي علاني لذلك»<sup>(٢)</sup>.

والظاهر أن المراد بذكر التحريم، ونسبه عليه رواية عبده بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج حارثته هل يجوز له أن ترى عورته؟ قال: «لا»<sup>(٣)</sup>، وعمومها من حيث ترك الاستفعال تدل على إرادة التحريم هنا، ويبقى هذا التحريم إلى أن يخرج من النكاح بطلاق أو موت أو فسخ، وتفضي عدتها إن كان لها عدة، سواء كانت بائة، أو رجعية.

وروى عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتناع الحارية ولها زوج، قال: «لا يحل لأحد أن يمسه حتى يطلقها زوجها الحر»<sup>(٤)</sup>.

ولا شبهة أن الموت والعسخ كالطلاق، وانقضاء العدة معتبر؛ للاجماع؛ ولأنها من توابع النكاح، فإنها لاستعلاء براءة لرحم من الحمل، وموردها وإن كان زوجة الحر إلا أن زوجة العبد كذلك اتفاقاً

(١) الفقيه ٢٨٦:٣ حديث ١٣٦٠، التهذيب ١٩٨:٨ حديث ٦٩٥

(٢) الكافي ١٨٠:٥ حديث ٣، الفقيه ٣٠٢:٣ حديث ١٤١٧، التهذيب ١٩٩:٨ حديث ٦٩٨

(٣) الكافي ٥٥٥:٥ حديث ٧، التهذيب ٢٠٨:٨ حديث ٧٣٦

(٤) التهذيب ١٩٩:٨ حديث ٧٠٩، الاستبصار ٢٠٨:٣ حديث ٧٥١

وهي منزلة على ما إذا أجاز المشتري النكاح، لرواية عبداقة بن اللحام عن أبي عبداقة عليه السلام وقد سأله عن الرجل يشتري امرأة الرجل من أهل الشرك يتخذها قال: «لا بأس» فإن الظاهر أن لمسؤل عنه قوله: (يتخذها) هو الوطء ولا يكون ذلك إلا مع الفسخ، والمراد بالمس في الرواية الأولى هو الوطء، لكن لا غارق بينه وبين غيره من وجوه الاستمتاع.

وأراد المصنف بقوله: (أو إلى ما يحرم على غير المالك) أن ما لا يحرم على غيره النظر إليه منها كالوجه والكمين بغير شهوة لا يحرم عليه نظره بغير شهوة، أما معها فيحرم، والحاصل أنها بالتزويج تصير في الاستمتاع كلها كالأجنبية، لأنها صارت حقاً لغيره، وهذا حكم ما إذا زوجها.

أما إذا أحل المملوكه لغيره فلم يتعرض المصنف إلى حكمها، ويسفي أن يكون في جميع الاستمتاعات كالمتزوجة، لأن الاحتياط في المروج أشد من تجويز شيء من الاستمتاع لغير واحد. وفي رواية عبد الرحمن بن الحجاج<sup>(١)</sup> ما يثبت على ذلك، فإن تزويج السيد أمته من عبده دائر بين كونه نكاحاً أو إباحة، والموطوءة بالشبهة لا شبهة في تحریم وطنها، وما جرى مجراه ما دامت في العدة وفي غيره تردد.

وكذا وطء المستبرأة زمان الاستبراء، أما مقدمات الوطء فلا يحرم، وهو في صحيحة محمد بن اسماعيل عن أبي الحسن عليه السلام: في الأمة المبتاعة تحل للمشتري ملامستها؟ قال: «نعم ولا يقرب فرجها»<sup>(٢)</sup> والعرج شامل للقبل والدبر، وبه صرح في الدروس في كتاب البيع<sup>(٣)</sup>، وهذا في المبتاعة.

(١) التهذيب ٢٠٠: ٨، حديث ٧٠٢، الاستبصار ٨٣٣ حديث ٢٨٠

(٢) الكافي ٤: ٤٨٠، حديث ٣، لغيره ٢٠٢٣، حديث ١٤٤٧، التهذيب ١٩٩: ٨، حديث ٦٩٨

(٣) التهذيب ١٧٣: ٨، حديث ٦٠٥، الاستبصار ٣٦٠: ٣، حديث ١٢٩٦

(٤) الدروس ٣٤٧



وليس لمولاها فسخ العقد إلا أن يبيعها فيتخير المشتري.  
وله الجمع بين الأمة وبينها في الملك دون الوطء، وكذا بين الاختين،  
فإن وطأ أحدهما حرمت الأم أو البنت مؤبداً أو الأخت جمعاً، فإن أخرج  
الموطوء ولو بعقد متزلزل حلت اختها،

أما غيرها ففي قصر التحريم على الوطء وتعميمه في وجوه الاستماعات نظراً.  
قوله: (وليس لمولاها فسخ العقد إلا أن يبيعها فيتخير المشتري).  
إنما يستقيم هذا إذا كان الزوج حراً أو مملوكاً لغير سيدها، فإن كان مملوك  
السيد فإن الفسخ بيده كما تقدم بيانه، فإذا باعها والحالة هذه فإن الخيار لكل من  
البائع والمشتري كما سبق.

فإن مل. إذا باع السيد الأمة المزوجة والزوج مملوك لغيره ثبت فسخ النكاح  
لكل من البائع والمشتري ولمولى الزوج، فيكون قوله: (فيتخير المشتري) قاصراً، فإن  
المفهوم منه أن الخيار للمشتري خاصة.

قلنا. هذا المفهوم هو المراد ولا قصور فيه؛ لأن الاستثناء من قوله: (وليس  
لمولاها فسخ العقد) ولا تعرض فيه إلى مولى العبد ينفي ولا إثبات، ولما كان الاستثناء  
موهوماً ثبوت الخيار لمولاها البائع بين اختصاصه لمولاها المشتري.

قوله: (وله الجمع بين الأمة وبينها في الملك دون الوطء،  
وكذا بين الاختين، فإن وطأ أحدهما حرمت الأم والبنت مؤبداً والاخت  
جمعاً، فإن أخرج الموطوءة ولو بعقد متزلزل حلت اختها).

لما كان جانب الملك مقلباً في المملوكة والوطء تابع جاز الجمع بين الأمة وبينها  
في الملك إذ ليس ثم إلا المالية وهي متحققة فيهما، أما الوطء فلا؛ لوجود المنافي. وكذا  
القول في الاختين سواء، فإن وطأ واحدة من الأم والبنت ومن الاختين حرمت  
الأخرى قطعاً، فإن الأم والبنت أيها وطأ حرمت عليه الأخرى بعينها مؤبداً، وأما

ولكل من الأب والابن غلّك موطوءة الآخر لا وطؤها.

ولا تحل المشتركة على الشريك إلا بإباحة صاحبه لا بالعقد، وتحل لغيرهما معها مع اتحاد السبب. ولو أجاز لمشتري للأمة النكاح لم يكن له الفسخ، وكذا لو علم وسكت.

الاحتان فإن وطء أحدهما يوجب تحريم الأخرى جميعاً لا عيياً

ومعناه إنه ما دامت الموطوءة في ملكه يحرم عليه وطء الأخرى فإذا أخرج الموطوءة عنه ولو بعقد مترلزل كالمسح بحبار حلت الأخرى لأن ترلزل العقد لا يمنع نقل الملك، ومنى خرجت عن ملكه انتهى المانع وقد سبق في كلام المصنف في التحريم غير المؤبد في الحل بذلك اشكال، وكذا في تزويجها ورهها، وبيننا حكمه مستوي.

قوله: (ولكل من الأب والابن غلّك موطوءة الآخر لا وطؤها)

لأن المقصود لأصلي في التحلّك المالية، والوطء تابع كسائر المانع.

قوله: (ولا تحل المشتركة على الشريك إلا بإباحة صاحبه لا بالعقد،

ويحل لغيرهما معها مع اتحاد السبب).

قد تقدّم تحقيق ذلك مستوفى، وقد جرم المصنف هنا بحل المشتركة بإباحة

الشريك، ولم يرجع فيها سبق واحداً من القولين، وقد بينّا أن الأصح عدم الحل.

قوله: (ولو أجاز المشتري للأمة لنكاح لم يكن له الفسخ وكذا لو

علم وسكت).

لأرب أن المشتري إذا أجاز النكاح صار العقد لازماً فامتنع فسخه، وكذا لو

علم بالخيار وسكت فإن خياره يسقط؛ لأنه توري على ما سبق، وكذا حكم مالك

الزوج سواء كان هو البائع أو غيره.

ولو فسخ فلا عدة وإن دخل، بل يستبرئها بحيضة، أو بحمسة وأربعين يوماً إن كانت من ذوات الحيض ولم يحض .  
ولا يحل له وطؤها قبل الاستبراء.

قوله: (ولو فسخ فلا عدة وإن دخل، بل يستبرئها بحيضة أو بخمسة وأربعين يوماً إن كانت من ذوات الحيض ولم تحض، ولا يحل له وطؤها قبل الاستبراء)

أي. لو فسخ من غير الأمة (الكلح) لم يجب للأمة عدة على أحد القولين، سواء دخل الروح أم لا، بل يجب الاستبراء مع الدخول بحيضة واحدة، لأنه لا بد من العلم ببراءة الرحم من الحمل والحيضة كافية في ذلك ورواه الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال «ما دى مدي رسول الله صلى الله عليه وآله في الناس يوم أوطاس أن استبرؤا سبائكم بحيضة»<sup>(١)</sup>.

ولاشك أن فيهن من كانت مزوجة، فإن كانت من ذوات الحيض، أي في سن الحيض غير يائسة ولا صغيرة ولم تحض فاستبرؤوها بحمسة وأربعين يوماً، روى ذلك عبد الرحمن بن أبي عبيدة قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل الذي يشتري الجارية التي لم تبلغ الحيض وإذا قعدت عن الحيض ما عدتها، وما يحل للرجل من الأمة حتى يستبرئها قبل أن تحيض ؟ قال «إذا قعدت من الحيض أو لم تحض فلا عدة له، وألقي تحبص فلا يقربها حتى تحيض وتطهر فإذا كانت الجارية في سن من تحيض تستبرئ بخمسة وأربعين يوماً»<sup>(٢)</sup>.

والحاصل أن متى حصل الحيض أو مر خمسة وأربعون يوماً بيضاً فقد تحقق

(١) التهذيب ١٧٦: ٨ حديث ٦١٥

(٢) التهذيب ١٧٦: ٨ حديث ٥٩٨، الاستبصار ٢٥٧٣ حديث ١٢٨١

وكذا كل من ملك أمة بأي وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها، إلا أن تكون يائسة أو حائضاً على رأي ظاهر، لا من حصص حيضها بالتخير.

الاستبراء وحل الوطء، وبدونه يحرم وقبر، تحب العدة<sup>(١)</sup>؛ لأن مناط الاستبراء اشغال المملوكة التي لا زوج لها فإن الاختيار دالة على أن الاستبراء لا احتمال وطء البائع، ولهذا لو دخر بعدم الوطء وكان أمياً قبل.

ولو كان امرأة لم يحب الاستبراء، وسيأتي في خبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام ما يدل على ذلك.

ولاربع في أن وطء مع الروحة مستحب فلا يستبراء منه، ووطء الزوج في النكاح الدائم حقه أن تحب به العدة، ولهذا يحب مع الطلاق قسحب مع الفسخ وهو قوي، وسيأتي في كلام المصنف في العدة ترحيح هذا.

ولو بلغت سن اليأس الذي تقدم تحديده في أول الكتاب، أو لم تبلغ تسع سنين جاز وطؤها من غير استبراء لكن بعد بلوغ التسع.

قوله: (وكذا كل من ملك أمة مزوجة بأي وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها، إلا أن تكون يائسة أو حائضاً - على رأي - ظاهراً، لا من خصص حيضها بالتخير).

أي: وكالذي فسح نكاح الأمة لمروحه بالشراء كل من ملك أمة بأي وجه كان من هبة، أو ارث أو صلح أو فرض أو غير ذلك، ووجه التشبيه تحريم وطؤها عليه قبل استبرائها، إلا أن تكون يائسة أو حائضاً على رأي ويعتبر في استبرائها بحيضه أن يكون حيضها ظاهراً، أي مقطوعاً به، لا من

(١) قاله ابن أبي عمير في السرر ٣١٥

(٢) الكافي ٤٧٣:٥ حديث ٧، التهذيب ١٧٢:٨ حديث ٦٠١، الاستبصار ٣٥٨٣ حديث ١٢٨٥

خصص بتخيرها كذاكرة العدد الناسية للوقت، والمتحيرة اذا رجعت الى الروايات، ومثلها الراجعة الى عادة سائتها واقربها، وذات التمييز اذا لم تتيقن الحيفض، فهنا مباحث:

الأول: إن الاستبراء كما يجب على من ملك بالشراء، كذا يجب على من ملك بغيره من الأسباب النافذة للملك، ولا يخالف ذلك من احلاء الأصحاب، إلا ابن ادريس مستنداً في ذلك إلى الأصل، وبالنظر بما ورد على المشتري<sup>(١)</sup>، وهو ضعيف فإن المقتضي وهو استبراء الرحم موجود وحرف صباع السب حاصل، والاحتياط في الفروع أشد من ذلك<sup>(٢)</sup>

الثاني: اليائسة لا يجب استبرؤها، لانتماء المقتضي في حقها، وكذا الصغيرة وقد سبق في الرواية ما سبه على ذلك، ولم يذكر المصنف الصغيرة هنا، ولعله به يذكر اليائسة على حكمها لا شراكها في المقتضي

الثالث: اذا ملك الأمة حائضاً، سواء كان بشراء أو غيره، لم يجب الاستبراء واكتفى بتلك الحبصة، ذهب إلى ذلك الشيخ في النهاية<sup>(٣)</sup>، وأكثر الأصحاب<sup>(٤)</sup> ومنهم المصنف، وهو لأصح، لأن العرص عنهم براءة الرحم وهو حاصل بذلك، ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال سألت عن رجل اشترى جارية وهي حائض قال: «اذا ظهرت فليمسها إن شاء»<sup>(٥)</sup>

وفي مقطوعة سماعه قال سألت عن رجل اشترى جارية وهي طامث ايستبرء

(١) لسائر ٣١٥

(٢) النهاية: ٤٩٦

(٣) مهم ابن البراج في المذهب ٢٤٦-٢ وابن حمزة في التوسيع ٣٦٤، والمحقق في الشرائع ٢ ٢١٥

(٤) الكافي ٤٧٣ ٥ حديث ٦، التهذيب ١٧١٨، حديث ٥٩٥، لا سيوار ٣٥٧٣ حديث ١٢٧٨

رحمها بحيضة أخرى أم تكفيه هذه الحيضة؟ من «لا بل تكفيه هذه الحيضة»<sup>(١)</sup> وهي نص في ذلك.

وقال ابن اندريس: لا بد من سترائها؛ لعموم الأمر بالاستبراء، وفي رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن الدين يشترى الإمام ثم يأتوهن قبل أن يستبرؤهن فأولئك الزناة بأموالهم»<sup>(٢)</sup> والجواب المخصص موجود وقد ذكره، ولزوجة معارضة بأقوى منها فتحمل على الكراهية.

الرابع: الاستبراء في موضع وجوبه بما يكون بحيضة، وحكى المصنف في المختلف عن ابن اندريس بأن الأمة المتباعدة وهي حائض شبراً بقرءين<sup>(٣)</sup> وفي رواية عن الرضا عليه السلام: «أن الاستبراء فيها بحيضتين»<sup>(٤)</sup> وهي على الاستحباب والمذهب الاكتفاء بحيضة واحدة في موضع الوجوب، والأخبار في ذلك مستعينة وعليه كافة الأصحاب.

الخامس: لا بد في هذه الحيضة من انقطع بكون الدم حيضاً، فلا يكفي الحكم بالحيض في ظاهر الحال استناداً إلى مجرد تخصيص المرأة أيام حيضها بزمان مخصوص، كما لو استقرت عاداتها عدداً خاصة ثم استمر الدم، أو نسيت ذات العادة وقتها وذكرت عددها وكان الدم مستمراً بحيث لا تعلم الحيض في زمان دون آخر، فأمرت شرعاً بتخصيص ذلك العدد بزمان مستندة في ذلك إلى اختيارها.

(١) الكافي ٤٧٣:٥، حديث ٨، التهذيب ١٧٤:٨، حديث ٦٠٦، الاستبصار ٣٥٩:٣، حديث ١٢٨٦

(٢) السرائر: ٣٦٥

(٣) لقيه ٢٨٩:٣، حديث ١٣٤٦، التهذيب ٢١٢:٨، حديث ٧٥٩

(٤) المختلف: ٥٧١، السرائر: ٣٦٥

(٥) التهذيب ١٧١:٨، حديث ٥٩٤، الاستبصار ٣٥٩:٣، حديث ١٢٨٧

ومثله المبتدئة إذا استمر بها لدم فحصل لها تغيير وردت إلى عادة سائتها أو اقراها في محله أو رجعت إلى الرويات مع عدمه، سواء طابق ذلك غير أو لا وكذا في التي قبلها

والمتحيرة إذا رجعت إلى الرويات كذلك، ووجه عدم الاكتفاء بالحيض في هذه الصورة أن العرض منه العلم بمرءه الرحم، وإياها يتحقق ذلك مع وجود الحيض بحسب نفس الأمر.

أما الدم الذي لم يدل أدليل على كونه حيضاً، وإياها حكم به للصورة، حذراً من لزوم المخرج بالاحباط في جميع أرومان فإنه لا يفيد ذلك، فيبقى معه احتمال الحمل كما كان.

ومن ثم حكم للتي حيضها عمر مستقيم في العدة بالأشهر، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (ظاهراً) فإنه يريد به كون الحيض ظاهراً بيّناً، فعلى هذا تستبرئ هذه بشهر واحد، لأن الشهر يدل الحيض فيمن ليست مستقيمة الحيض.

ويحتمل بحمسه وأربعين يوماً لحاقاً لها بمن لا حيض لها، ويحتمل تربصها زماناً يقطع بحصول الحيض فيه، كما لو اضلت عاداتها في شهر مثلاً فإنها تتربص شهراً، ومع انتفائه بخمسة وأربعين يوماً، وهذا لا بأس به.

ويمكن أن لا يريد المصنف بقوله: (ظاهراً) كون الحيض بيّناً مقطوعاً به، بل يريد به كونه راجحاً؛ لوجود علامة تدل عليه شرعاً، فإن ذلك هو المتعارف من معنى الظاهر، وذلك كما في ذات التعبير، لا سيما إذا طابق تميزها عدد العادة، أو ما رجعت إليه المتحيرة ونحوها من الروايات.

وكذا المبتدئة إذا رجعت إلى عادة النساء والأقران، خصوصاً إذا تأكد بمطابقة التعبير، ووجهه وجود العلامة الشرعية الدالة على تحقق الحيض في نفس الأمر، ومثل ذلك كاف في التحقق.

أو حاملاً، أو لامرأة على رأي، أو لعدل أخبر باستبرائها، أو اعتقها مع  
 جهل وطء محترم، والاستبراء أفضل.  
 ولو اعتقها بعد وطئها حرمت على غيره، إلا بعد عدة الطلاق.

ولو اعتبر تطرق الاحتمال لقُدَح في حيض ذات العادة، ولكن الدم الذي  
 يمكن أن يكون حيضاً في غير زمان العادة غير كافٍ في الاستبراء، وليس بشيء. وهذا  
 أقوى، وسيأتي في العدد إن شاء الله الاكتفاء في العدة بالتميز وبعادة النساء فهنا أولى  
 وفي كلام شيخنا الشهيد الاكتفاء بما حكم بكونه حيضاً في جميع هذه المواضع، وما  
 قدمناه أظهر.

إذا عرفت هذا فاعلم أن قول المصنف (إلا أن تكون نائسة...) استثناء مما  
 قبله من قوله: (هل يستبرئ بحيضة أو بخمسة وأربعين يوماً...)،  
 ولا يحمل له وطئها قبل الأسراء وكذا كن من ملك إلى آخره.

وقوله: (أو حائضاً أو حاملاً، أو لامرأة، أو لعدل أو عتقها) كله في حيزٍ إلا.  
 وقوله: (ظاهر لا من حصص حيضها بالتحخير) لا شك في أنه اعتراض إلا أن  
 حقه أن يكون عند قوله: (هل يستبرئ بحيضة) ليكون تعبيراً للمراد من الحيضة  
 وذكرها هنا غير مستحسن؛ لأنه إن كان بياناً للمراد من الحيض فهو اعتراض  
 مستتبح في غير محله، وإن كان بياناً للمراد من قوله: (أو حائضاً) فأبعد وأشد وكيف كان  
 فهو صفة لمصدر محذوف، وكذا عامه محذوف يدل عليه قوله: (هل يستبرئ بحيضة)  
 وتقديره: ويستبرئ بها بأن تحيض حيضة حيضاً ظاهراً.

وقد أفاد حكم بعية المستثنيات، بقوله (أو حاملاً، أو لامرأة على رأي، أو لعدل  
 آخر باستبرائها، أو اعفها مع جهل وطء محترم، والاستبراء أفضل، ولو اعتقها بعد  
 وطئها حرمت على غيره إلا بعد عدة الطلاق)



فهما مسائل-

الأولى. اذا اشترى الأمة وهي حامل لا استبراء لها، بل إن كان الحمل محترماً لم يطأها حتى تضع، وإن كان من ربا محض تمضي أربعة اشهر وعشرة ايام، وقد اختلفت في ذلك الأخبار وكلام الأصحاب، وانحصل ما قلناه، وقد ذكرنا الكلام فيه في بيع الحيوان.

الثانية اذا اشترى الأمة من امرأة فهي وحوب الاستبراء قولان.

أحدهما - واختاره الشيخ "وكثر الأصحاب"<sup>(١)</sup> - أنه لا يجب. وهو الأصح؛ لرواية ابن أبي عمير عن جعفر عن أبي عبد الله عليه السلام في الأمة تكون للمرأة فتبيعها حال، «لا بأس بأن يطأها من غير أن يستبرئها»<sup>(٢)</sup>

ولرواية زرارة قال اشتريت حارية بالبصرة من امرأة فحترتي أنه لم يطأها أحد، فوقعت عليها ولم استبرأها، فسألت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال «هو ذا أبا قد فعلت ذلك وما أريد أن أعود»<sup>(٣)</sup>، وغير ذلك من الأخبار<sup>(٤)</sup>

والثاني - واختاره ابن اديس - الوجوب<sup>(٥)</sup>؛ لعموم الأمر بالاستبراء المتناول لصورة النزاع، ورواية عبد الله بن سنان<sup>(٦)</sup> السالفة تدل على ذلك، وبحجاب بأن الخاص مقدم والشهرة بين الأصحاب مؤيدة، نعم يكره الوطء قبله احتياطاً للفروج، ورواية زرارة تشهد له.

(١) النهاية ٤٩٥

(٢) مبهم ابن البرج في التهذيب ٢٤٥٢ وابن حزم في الوسيط ٣٦٤

(٣) التهذيب ١٧٤٨: ٨ حديث ٦٠٨، الاستبصار ٣٦٠: ٢ حديث ١٢٩٣

(٤) التهذيب ١٧٤٨: ٨ حديث ٦٠٩، الاستبصار ٣٦١: ٣ حديث ١٢٩٤

(٥) التهذيب ١٧٤٨: ٨ حديث ٦٠٧، الاستبصار ٣٦٠: ٢ حديث ١٢٩٢

(٦) السرائر ٣١٥

(٧) لقيه ٢٨٢: ٣ حديث ١٣٤٦، التهذيب ٢١٢: ٨ حديث ٧٥٩

الثالثة: لو اشترى الأمة من عدس راحته باستبرئها فقولان كالي قبلها.  
واوجه ابن ادریس<sup>(١)</sup>

لنا أن شهادة العدس مشرة بطلن القوي، وقد اكتفى الشارع بها في كثير من الشرعيات، خصوصاً إذا حرم عما بيده وما في ملكه من حمار التعويل عليها، ولصحيحه ابن سنان قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشترى الحارية لم نخض قال «يعتزلها شهراً إن كانت قد مسبت» قلت أقم بئ ان ابتاعها وهي طاهر زعم صاحبها أنه لم يظأها منذ طهرت قال ابن كز عبد الله عليه السلام<sup>(٢)</sup> الحديث.

ومثلها رواية محمد بن حكيم عن العبد الصالح<sup>(٣)</sup>، ورواية حفص بن البجلي عن أبي عبد الله عليه السلام<sup>(٤)</sup>.

احتج ابن ادریس وراء عموم الأمر بالاستبراء بروده عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام اشترى الحارية من الرجل المأمون فيخبرني أنه لم يمسه وقد طمشت عنده وقد طهرت فقال «ليس بجائر أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضة، ولكن يجوز ذلك ما دون الفرج، ان الذين يشترى الإمام ثم يأتيهن قبل أن يستبرؤهن فأولئك الزناة بأموالهم»<sup>(٥)</sup>.

وجوابه الحمل على الكراهة جمعاً بين الأخبار.

الرابعة: إذا اشترى الأمة فأعتقها جاز له العقد عليها قبل أن يستبرئها إذا لم يعلم كونها موطومة وطء محترماً، واحترز بالوطء المحترم عن الزنا فإنه لا حرمة له ولا اعتبار به، ولو كانت سرية فكذلك بطريق أولى.

(١) اسرائر ٣١٥

(٢) نكاح ٤٧٣:٥ حديث ٤، التهذيب ١٧٢:٨ حديث ٦٠١، الاستبصار ٣٥٨:٣ حديث ١٢٨٥

(٣) التهذيب ١٧٣:٨ حديث ٦٠٢، الاستبصار ٣٥٩:٣ حديث ١٢٨٨

(٤) التهذيب ١٧٣:٨ حديث ٦٠٢، الاستبصار ٣٥٩:٣ حديث ١٢٨٩

(٥) علقه ٢٨٢:٣ حديث ١٣٤٦، التهذيب ٢١٢:٨ حديث ٧٥٩

وأوجب بعض العامة الاستبراء لها<sup>(١)</sup>، وليس بشيء، يدل ذلك على ذلك وراء  
الاجماع أن الاستبراء إما يثبت وجوبه في مملوكة، وقد خرجت بالعتق عن كونها مملوكة.  
لا يقال: قد وجب استبراؤها بالشراء والأصل بقاؤه.

لأنه يقول لما اعتقها خرجت عن ملكه وصارت اجنبية بالنسبة إليه، نسبتها  
اليه وإلى غيره سواء فسقط الحكم لأول، وإذا أراد إتياء النكاح كانت كغيرها من  
الاجنبيات اللاتي لم يعلمن طم وطم محرم  
ولما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يشتري الحارية  
فيعتقها ثم يتزوجها، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: «يستبرئ بحبضة»  
قلت: فإن وقع عليها؟ قال: «لا بأس»<sup>(٢)</sup>.

ومثله روى عبيد بن رزارة عن أبي عبد الله عليه السلام<sup>(٣)</sup>، وكذا أبو العباس  
البيهقي عنه عليه السلام<sup>(٤)</sup>، والأفضل الاستبراء؛ لقوله عليه السلام في روايه أبي  
العباس هذه، ورواية ابن أبي يعفور قوله: «أن يفعل، وإن لم يفعل فلا بأس»<sup>(٥)</sup>، ومعنى  
قوله: «أن يفعل» أي حقه أن يفعل.

وبدل على حكم السرية ما رواه زرارة قال: سألته يعني - أبا عبد الله عليه  
السلام - عن رجل اعتق سرية، أله أن يتزوجها بغير عدة؟ قال: «نعم»، قلت: فغيره؟  
قال: «لا حتى تعتد بثلاثة أشهر»<sup>(٦)</sup>، ومثله روى الحسن عنه عليه السلام<sup>(٧)</sup>.

(١) قاله الشافعي وأحمد بن حنبل في الموطأ ١٧٥٩، والشرح الكبير ١٧٦٩.

(٢) التهذيب ١٧٥: ٨، حديث ٦٦٢، الاستبصار ٣٦١: ٢، حديث ١٢٩٥.

(٣) التهذيب ١٧٥: ٨، حديث ٦٦٣، الاستبصار ٣٦١: ٢، حديث ١٢٩٦.

(٤) التهذيب ١٧٥: ٨، حديث ٦٦٤، الاستبصار ٣٦١: ٢، حديث ١٢٩٧.

(٥) التهذيب ١٧٦: ٨، حديث ٥٩٧، الاستبصار ٣٥٧: ٢، حديث ١٢٨٠.

(٦) التهذيب ١٧٥: ٨، حديث ٦٦١.

(٧) التهذيب ١٧٥: ٨، حديث ٦٦٠.

ولاريب أن الثلاثة الأشهر إياها تكفي مع تعذر لاقراء، أو أنها كناية عن  
الامراء إلا أنها غالباً لا تكون في أقل من ثلاثة أشهر، وهذا هو المراد من قول  
المصنف: (عدة الطلاق).

واعلم أنه لو علم أن الأمة المبتعة موطوءة وطءاً محترماً من نحو روج فسخ  
دكاچه، أو من المولى فأعتقها لم يحرق له تزويجها إلا بعد الاستبراء، وتكفي الحيضة؛ لأن  
في رواية محمد بن مسلم استحباب الاستبراء بحبضة ثم جهل الوطء، فلو لا أن تكفي  
مع العلم به لم يكن لاستحبابها معنى، فإن لمصرحاً بها يعني براءة الرحم، لا احتيال  
الوطء، ولأن ذلك كافٍ قبل التحقق فكذا بعده عملاً بالاستصحاب، وسأني في كلام  
المصنف في باب العدد ما يدل على ذلك.

فرعان:

الأول لو اشترى الأمة وسيدها صغير أو عمن أو محبوب، ففي كونها كأمة  
المرأة في سقوط الاستبراء قول للشيخ<sup>(١)</sup>، يؤمن إليه أن النصوص دالة على أن مدار  
الاستبراء امكان وطء البائع وجوداً وعدمًا

ويؤمن إلى ذلك قوله عليه السلام في صحيحة ابن سنان وقد قال له: أفرأيت  
إن ابتاعها وهي طاهر، ثم رعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت: «إن كان عندك  
أميناً فمستها»<sup>(٢)</sup> فإنه لم يدل على أن المظنور إليه عدم وطء البائع، وأما احتمال وطء  
غيره فانتفاؤه يكفي فيه أصالة العدم، ولاريب في انتهاء الوطء عن العين والمحبوب  
وكذا الصغير.

الثاني. لو أراد تزويج الأمة المبتعة، فإن كان البائع قد وطأها فلا بد من

(١) لمصرط ٢٨٦:٥

(٢) لكافي ٤٧٣:٥ حديث ٤، النهديب ١٧٤:٨ حديث ٦٠٦، الاختصار ٢٥٨٣ حديث ١٢٨٥

وبحور ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب وبناتهم، وما يسيبه أهل الضلال منهم.

الاستبراء، وإن لم يكن وطؤها معصوماً فالمنحة الحواز بدون الاستبراء تمسكاً بأصالة المرأة، ولأن الاستبراء نابع لاستقلال الملك وهو مستف ههنا، ولأن المشتري إذا اعتقها جاز أن يزوجه غيره بغير استبراء فعلى معنى كذلك، لاستواء الحالين في انتفاء المقتضي للاستبراء.

فإن طلقها الروح قبل الدخول في هدم الصورة احتل جوار طء البائع إياها بغير استبراء، لسقوطه بالترويج، وانتفاء غيره بالطلاق قبل المسيس.

قوله: (وبحور ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب وبناتهم، وما يسيبه أهل الضلال منهم).

لاحلاف بين عليائنا في أنه يجوز للمسلم أن يشتري المرأة المزوجة من أهل الحرب ولو من زوجها، وكذا يجوز أن يشتري بناتهم وابنائهم فيصيرون ملكاً له وإن كان البائع الأب ونحوه، ويترتب على هذا الملك أحكامه التي من جعلتها وطء الجارية بملك اليمين.

ووجهه: أن أهل الحرب في المسلمين يملكون بمجرد الاستيلاء عليهم، فإذا توسط البيع كان أكد في ثبوت الملك، نعم في صورة بيع القريب قريبه الذي حقه أن يعتق عليه إشكال تقدم ذكره في البيع، ونقعه المصنف بصرف البيع إلى الاستنقاذ فلا يلحقه أحكامه من طرف المشتري.

وروى عبدالله اللحام قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري أمة الرجل من أهل الشرك يتخذها، قال: «لا بأس»<sup>(١)</sup>.

(١) التهذيب ٢٠٠٨، حديث ٧٠٢، الاستبصار ٨٣٣، حديث ٢٨٠

.....

وكذا يجوز ابتياع ما يسييه أهل الضلال من أهل الحرب وإن كان جميع ذلك  
أو بعضه للإمام عليه السلام.  
ويحل الوطء وغيره بهذا الشراء، والأخبار بالآدن في ذلك من أئمة الهدى عليهم  
السلام متواترة<sup>(١)</sup> وقد سبق بيان هذا في الخمس.



(١) التهذيب ٢٠٠٨ حديث ٧٠٢ - ٧٠٥، الإستهصار ٨٣:٢ حديث ٢٨١.

### المطلب الثاني: ملك المنفعة:

يجوز إباحة الأمة للغير بشروط: كون المحلل مالكاً للرقبة، جائز التصرف، وكون الأمة مباحة بالنسبة إلى من حللت عليه.  
فلو أباح المسلمة للكافر لم تحل، وكذا المؤمنة للمخالف.  
وبجوز العكس، إلا الوثنية على المسلم، والناصبية على المؤمن.  
ولو كانت ذات بعلى أو عدة لم يحل تحليلها

قوله: (المطلب الثاني: ملك المنفعة: يجوز إباحة الأمة للغير بشروط: كون المحلل مالكاً للرقبة، جائز التصرف، وكون الأمة مباحة بالنسبة إلى من حللت عليه، ولو أباح المسلمة للكافر لم تحل، وكذا المؤمنة للمخالف، وبجوز العكس، إلا الوثنية على المسلم، والناصبية على المؤمن، ولو كانت ذات بعلى أو عدة لم يحل تحليلها).

هذا هو القسم الثاني من قسمي المكاح بالملك، وهو ملك المنفعة، وذلك تحليل المولى وطء أمته لغيره، وفي حكمه تحليل مقدمات الوطء، والمشهور بن علمائنا حل ذلك، وقد تواترت به الأخبار عن أهل البيت عليهم السلام<sup>١</sup> على وجه لا سبيل إلى إنكاره.

ونقل الشيخ في المبسوط<sup>٢</sup> وابن دريس<sup>٣</sup> قولاً نادراً لبعض الأصحاب بالمتنع لنا عموم قوله تعالى ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾<sup>٤</sup> وهو يتناول ملك المنفعة كما

(١) الكافي ٤٦٨:٥ باب الرجل يحل حاربه لأبيه - بهذيب ٢٤١٧ حديث ١٠٥٢ - ٦٤ - لا سيغفار ١٣٥:٣

باب ٨٩

(٢) ٣: ٧٤

(٣) السرر ٣١٣

(٤) النساء ٣

يتناول ملك الرقبة.

لا يقال. لو كان هذا العموم حقاً لجاز هذا الوطء بكل طريق مشعر لملك المنفعة. لأننا نقول: لا شك أن منفعة لبضع ليست على نهج سائر المافع، فلا بد لتملكها - بحيث يترتب عليه حل الوطء - من قانون مستمد من الشرع بالتلقي عن أهل البيت عليهم السلام، هم معادن العم وحفظه الشرع، وقد نهجوا لذلك نهجاً فيجب الاقتصار عليه، فيكون الحجة في الآية تناول عمومها لملك المنفعة في الجملة. والسهة كافة ببيان ذلك على وجهه، ورواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليها السلام قال: سألت عن رجل يحل لأخيه فرج حاريتة، قال: «هي حلال ما أحل منها»<sup>(١)</sup>

وصحيفة أبي بصير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أحلت لابنها فرج جاريتها، قال «هو له حلال»، فقلت: أفحل له منها؟ قال: «لا إنها يحل له ما أحلت له»<sup>(٢)</sup>.

وصحيفة محمد بن اسماعيل بن بريع قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة أحلت لي جاريتها فقال: «ذلك لك»، قلت: فإنها كانت تمزح، فقال: «كيف لك بها في قلبها فإن علمت أنها تمزح فلا»<sup>(٣)</sup>.

احتج المانع بعموم قوله تعالى: ﴿فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾<sup>(٤)</sup>، وهذا خارج عن مسمى الأرواح والمملوكات فيدخل تحت العدوان ولصحيفة الحسين بن علي بن يقطين قال: سألت عن الرجل يحل فرج حاريتة

١١، التهذيب ٢٤١٧ حديث ٦٠٥٢، الاستبصار ١٢٥٣ حديث ١٨٨

٢١، الكافي ٤٦٨: ٥ حديث ٦، التهذيب ٢٤٢٧ حديث ٦٠٥٦، الاستبصار ١٣٦٣ حديث ١٤٨٩

٣١، الكافي ٤٦٩: ٥ حديث ٨، التهذيب ٢٤٢٧ حديث ٦٠٥٨، الاستبصار ١٣٦٣ حديث ١٤٩١



قال: «لا أحب ذلك»<sup>(١)</sup>.

ورواية عمار الساباطي عن اصادق عليه السلام: في المرأة تقول لزوجها: حاريتي لك، قال: «لا يحل له فرجها، لا أن تبيعه أو تهبه له»<sup>(٢)</sup>.

وحوايه قد يمتا شمول ملك اليمين المتنازع فلم يدخل تحت العدوان، والرواية الأولى مقطوعة ولا تدل على المنع، ولثابتة مع ضعف سندها لا دلالة لها على محل النزاع؛ لأن المسؤول عنه خال من صيغة التحليل فإن قيل - الحجة في قوله: [إلا أن تبيعه أو تهبه له]

قلنا لا شك أنه لا يراد من ذلك الحصر مطلقاً، فإن طريق الملك لا يحصر في البيع والهبة قطعاً، بل المراد الحصر بالاضافة إلى المسؤول عنه، فكأنه عليه السلام قال لا بد من طريق مملك، وهو مفقود في المسؤول عنه. إذا تقرر ذلك فلهذه الاباحة شروط أربعة:

الأول والثاني: كون المحلل مالكا للرقبة ولا اعتبار بتحليل غير المالك لتحريم مال الغير بغير «دنه» وهل يقع لاعباً، أم يبعد مع اجازة المالك؟ فيه وجهان، ولا يبعد ابتناؤها على كون التحليل عقداً أو اباحة.

فعلى الأول يبعد معها كما في غيره من عقود الأكلحة، بخلاف الثاني، لا انتفاء الدليل على اعتبار الاباحة من غير المالك، نعم لو كان غير المالك وكيلاً له اعتبر تحليله؛ لأنه فعل يدخله النية.

وهل يعتبر تحليل الولي مع العبطة، كما لو حاف على أمة الطفل الزنا ولم يوجد راغب في نكاحها، أو كان منافياً لخدمة الطفل؟ الظاهر نعم مع احتمال المنع؛ لأنه اتلاف محض، فلا بد من كون المالك جائز التصرف ليقع تحليله معتبراً، فلا اعتبار

(١) التهذيب ٢٤٣٧ حديث ١٠٥٩، الاستبصار ١٣٧٣ حديث ٤٩٢

(٢) التهذيب ٢٤٣٧ حديث ١٠٦١، الاستبصار ١٣٧٣ حديث ٤٩٤

بتحليل الصبي ولا المجنون للحجر عليها مطلقاً، ولا السفية ولا المفلس للحجر عليها في التصرفات المتعلقة بالأموال.

الثالث: كون الأمة مباحة بالسبة إلى من حلت عليه، وقد سبق معرفة المحرمات بالنسب والرضاع والمصاهرة وغير ذلك فلا حاجة إلى إعادتها وخصّ المصنف بالذكر من قد يحتمل حكمه، فمن ذلك المسلمة فإنها لا تحمل على الكافر بجميع أنواعه انقاعاً، ودلائل المنع في الكتاب والسنة كثيرة، وقد سبق حمله منها، ومن ذلك المؤمنة فلا تحمل على المحالف بجميع أنواعه على المختار بين محققي الأصحاب.

وعد تقدّم حمله من الأخبار الدالة على ذلك، مثل قوله عليه السلام «العارف لا يوصع إلا عند عارف»<sup>(١)</sup>، وللإجماع المركب، فإن كل من منع ترويج المحالف منع من تحليل المؤمنة له، ومن لا فلا، وقد بينّا لمنع من تزويجه سابقاً، فثبت المنع هنا بحكم الإجماع.

أما العكس وهو تحليل الكافرة للمسلم والمخالفة للمؤمن فإنه جائز لأن هذا في الحقيقة راجع إلى ملك اليمين، وهو جائز بالسبة إليها.

ولا يستثنى من الكافرة، لأن الوثنية لما تقدّم من الدلائل الدالة على المنع من وطئها بالملك، ولا يستثنى من المخالفة، لأن المأصبة المعلقة بعداوة أهل البيت عليهم السلام فإنها كالكافرة، وقد ورد: «ان الناصب شر من اليهودي والنصراني»<sup>(٢)</sup>، وثبت من وجوب مجانبتهم والتصلب في مباعدتهم ما يمتنع معه حل الوطء.

ومن المحرمات ذات البعل وذات لعدة قطعاً فلا تحمل بالتحليل، ولا فرق في العدة بين أن تكون بأثمة أو رجعية.

(١)، انكاي ٥: ٣٥١ حديث ١١

(٢)، انكاي ٣٥١٥ حديث ١٦، علل الشرائع ٢٩٢.

والصيغة وهو لفظ التحليل، مثل أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حل من وطنها، والاقرب الحاق الإباحة به.

ولو قال: اذنت لك، أو سوّغت، أو ملّكت فكذلك.

ولا تستباح بالعارية، ولا بالاجارة، ولا ببيع منفعة البضع.

وهل يجوز إحلالها مدة الاستبراء؟ ينبغي أن يقال: إن كان الاستبراء عن وطء محتمل غير معلوم حار وإن علم الوطء، فمن جوزنا ما سوى الوطء من الاستمتاع فاقصر على تحليل ما سواه حل، وإلا فلا.

قوله: (والصيغة: وهو لفظ التحليل) مثل: أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حل من وطنها، والاقرب الحاق الإباحة به. ولو قال: اذنت، أو سوّغت، أو ملّكت فكذلك، ولا يستباح بالعارية، ولا بالاجارة، ولا ببيع منفعة البضع).

الشرط الرابع: الصيغة، ولا خلاف في اعتبارها؛ لأن العروج لا يكفي في حلها مجرد التراضي ولا أي لفظ اتفق، بل لابد من صيغة متلقة من الشرع، وقد اجمعوا على اعتبار لفظ التحليل، وبه وردت أسصوص<sup>(١)</sup>، فيقول: أحللت لك وطء فلانة، أو جعلتك في حل من وطنها.

وكذا مقدمات الوطء كالنقبيل، ولا يكفي. أنت في حل من وطنها؛ لعدم كونه صريحاً في الانشاء، واحتلقوا في لفظ الإباحة.

فالأكثر: - ومنهم الشيخ في النهاية<sup>(٢)</sup> واتباعه، والمرتضى<sup>(٣)</sup>، وابن زهرة<sup>(٤)</sup>،

(١) طر الكافي ٤٦٨:٥، تهذيب ٢٤١٧ حديث ١٠٥٢ - ١٠٦٣

(٢) النهاية، ٤٩٦

(٣) لا تصار ١١٨

(٤) العدة (ضمن الجوامع الفقهية): ٥٥٠

والمصنف في الارشاد - على أنه لا يفيد لحل وقوفاً مع ظاهر النصوص ومراعاة الاحتياط، فإن الأمر في الفروج شديد، وتمسكاً بالأصل فيها عداء.

وذهب في المبسوط<sup>(١)</sup> وابن ادريس<sup>(٢)</sup>، ونجم الدين<sup>(٣)</sup> الى جوار لفظ الاباحه، وهو مقرب المصنف لاشتراك الاباحه والتحويل في المعنى، ويجوز اقامة كل من المترادفين مقام الآخر كما بين في الأصول.

لا يقال، فعل هذا يكفي لفظ العارية؛ للاشتراك في المعنى.

لأننا نقول: الأكثر على أنه لا يكفي.

ورواية أبي العباس البقاعي عن الصادق عليه السلام، حيث سأله عن عارية الفروج فقال «حرام» ثم مكث قليلاً وقال: «لكن لا بأس بأن يحمل الرجل جاريته لأحبه»<sup>(٤)</sup> نص في المبع، والأصح الأول.

ويمنع الاكتفاء بالمرادف مطلقاً، فإن في المكاح شائبة العبادة، وكثير من أحكامه توفيقية والاحتياط فيه من أهم لمطالب.

ولو قال: أدنت لك في وطنها، أو سرغته لك، أو ملكتك إياه فعند المصنف أنه كالأباحة في افادة الحل؛ لأنها بمعناها. ويلزمه أن يكون لفظ الهبة كذلك؛ لأن وهبت وملكك بمعنى واحد، إلا أن يقال إن هبة لا تتعلق بها سوى الأعيان، بخلاف التمليك فإنه قد يتعلق بالمساع كما سبق في الاجارة.

والأصح المبع في الجميع فتصاراً على موضع ليقين.

(١) المبسوط ٥٧:٣

(٢) السرائر ٣١٤

(٣) الشرنج ٣١٦:٢

(٤) الكافي ٤٧٠:٥ حديث ١٦، التهذيب ٢٤٤:٧ حديث ١٠٦٣، الاستبصار ١٤٠:٣ حديث ٥٠٥.

ويوكل الشريكان ثالثاً، أو أحدهما الآخر في الصيغة، فلو باشرا فقال كل منهما: أحلت لك وطأها صح.  
ولو قال: أحلت حصتي فاشكال.

وأما بيع مبيعة البضع فانه باطل قطعاً؛ لأن البيع لا يتعلق بالمافع. وكذا اجازة الأمة للوطء؛ لأن مافع البضع ليست كسائر المافع تحل بأي سبب اتفق، بل حلها موط بالسبب المستفاد من الشرع بخصوصه، ولا يجوز تعديده، وليس هذا مما ورد به الشرع.

قوله: (ويوكل الشريكان ثالثاً أو أحدهما الآخر في الصيغة، فلو باشرا فقال كل منهما: أحلت لك وطأها صح، ولو قال: أحلت لك وطء حصتي فاشكال).

ما سبق هو بيان تحليل الأمة من المالك الواحد، وهذا بيان تحليلها إذا كانت مشتركة، فإن وكلاً ثالثاً صحت منه الصيغة قطعاً كما يصح منه ترويحها وكذا لو وكل أحدهما الآخر، ولا يقدح كون تصرف أحدهما عن نفسه بالأصالة وعن الآخر بالوكالة؛ لأن الاعتبار هو وقوع الصيغة باللفظ المعتبر ولا أثر للسبب. ولو وقعها معاً مباشرة، بأن قال كل منها أحلت لك وطءها غير مقيد بتحليل بعضها صح أيضاً، لصدور الصيغة المعتبرة من كل منها.

فإن قيل لما لم يملك كل واحد منها إلا بعضها وجب أن لا تعتبر الصيغة منه إلا إذا أحل حصته خاصة؛ لامتناع تحليل ما عداها منه.

قلنا: المحلل إنما هو الوطء، وهو أمر واحد لا يقبل التجزئة ولا يتصور حل بعضه وحرمة بعضه، وإياها يحل مجموعه بتحليلها، فتحليل أحدها إياه جزم السبب، فإن أحلاه دفعة أو تقدم أحدها كان كل منها معتبراً واقعاً الموقع. وإن قال أحدهما أو كلاهما: أحلت لك حصتي ففي صحه ذلك وإفادته الحل

وهل هو عقد أو تملك منفعة ؟ خلاف.

اشكال ينشأ: من أن تصرف كل واحد منها إما هو في حصته، حتى إذا أحل وطءها فإنها ينصرف ذلك إلى حصته؛ لامتناع إحلاله وطء ما سواها، فإذا صرح بتحليلها خاصة كان أولى بالصحة.

ومن أن الإحلال ليس لخصه كل واحد منهما، بل للوطء وهو أمر واحد لا يتبعض فيه كما قدمناه وحله، بأن يكون بتحليلها، بأنه فلا أثر لتحليل الخصه، كما أن لكل واحد منها إذا أراد نكاحها لا يجوز أن يمسها على نكاح حصته، لأن علاقة الروحة المثمرة لاستحقاق منافع، ليضع بأنه تعلق بمجموعها دون الأجزاء ولأن استمادة حل الفروج بالعقد أمر توقيفي، فلا نتجاوز فيه موضع ليقن، وهذا أصح.

إذا تقرر ذلك، فإن اعتبرنا القبول في التحليل فلا بد من القبول مرتين باعتبار تحليل كل من الشريكين، أو قبول الوكيل عنه مرتين قوله: (وهل هو عقد أو تملك منفعة؟ خلاف).

لما كان حل الفروج محصراً في العقد وملك بعض القرآن<sup>(١)</sup> كما قدمناه، وكان القول بحل الأمة بالتحليل هو انقول المعتز عند الأصحاب، بل هو مذهب الأصحاب، وجب أن لا يكون خارجاً عن الأمرين والمراد بكونه عقداً كونه عقد نكاح؛ لأن كونه تملك مسعة لا يتنافى كونه من جملة العقود، فتعين أن يراد كونه عقد نكاح. والخلاف الذي ذكره لمصنف هو ما نقله ابن ادريس<sup>(٢)</sup>، فإنه نقل عن المرتضى في الانتصار إلى تحليل لملك حاربه بغير عقد، والتحليل والاباحة عبارة

عنه<sup>(١)</sup>.

ونقل عن الباقرين الأكثرين كالشيخين<sup>(٢)</sup> وعبرهما من المشيخة أنه تملك منفعة مع بقاء الأصل، واختار الثاني. وكلام الشيخ في المبسوط<sup>(٣)</sup> قريب من هذا، فإنه لما ذكر اختلاف الأصحاب قال: إن منهم من قال: إنه عقد والتحليل عبارة عنه.

ومنهم من قال هو تملك منفعة مع بقاء الأصل، وقواه وقال: إنه يجري مجرى اسكان الدار وأعمارها، قال: ولأجل هذا يحتاج إلى أن تكون المدة معلومة، ومقتضى هذا أنه يفترق إلى تعيين المدة

وقال في النهاية وبحل له منها مقدار ما يحلله مالكها، إن يوماً قيوماً وإن شهراً فشهراً على حسب ما يريد<sup>(٤)</sup>، ولم يذكر حكم الاطلاق

واختار المصنف في المختلف الحوار بغير مدة<sup>(٥)</sup>، وفقاً لما يشعر به كلام ابن ابريس<sup>(٦)</sup>، والأصح أنه عليك منفعة، وأن تعيين المدة غير شرط

أما الأول؛ فلأن الحل دائر بين لعقد والملك، ولما امتنع الأول هنا تعين الثاني، وإننا قلنا: إن كونه عقداً محتج؛ لأن العقد محصور في الدوام والمتعة، وانتفاء الأول ظاهر؛ لأن ثبوته يستلزم توقف رقبه على الطلاق، وأنه يجب بالدخول المهر، ونحو ذلك

(١) الاتصال ١١٨.

(٢) الشيخ المفيد في المعتمد ٨٠، والشيخ الطوسي في المبسوط ٣، ٧٥.

(٣) مبسوط ٢٤٦:٤.

(٤) النهاية، ٤٩٤.

(٥) مختلف، ٥٧٠.

(٦) السرائر، ٣١٣.

ولو أباح أمته لعبده، فإن قدا إنه عقد أو تمليك وأن العبد يملك  
حلت، وإلا فلا. والأول أولى، لأنه نوع إباحة والعبد أهل لها.

فما هو معلوم الانتفاء

وأما انتفاء المتعة فلأنها مشروطة بالمهر، ولا مهر مع التحليل؛ لأن المفهوم من  
الأخبار أنه تمليك محصوص بالمنفعة مخصوصة شرعاً، فثمرته تقرب من ثمرة العارية.  
وكذا يشترط في المتعة الأجل، وهو مستف هنا لما سألني إن شاء الله تعالى.

ويزيد ذلك بيانا أن النكاح عقد لازم ولا شيء من التحليل يلزم، إلا أن  
يدعي المرتضى لرومه، وهو بعيد، وإذا انتفى الدوام والمتعة امتنع كونه نكاحاً، فتعين  
كونه من قبيل الملك.

وأما الثاني، فلأن كون شيء شرطاً في آخر شرعاً إما يكون بتعين الشارع،  
وإما يكون ذلك بالنقل، والأخبار الواردة في هذا الباب حالية من ذلك، فالقول  
بالاشتراط باطل لا محالة، بل لو شرط مدة كان له الرجوع متى شاء؛ لانتفاء  
المقتضي للرؤم، ولأنه ينزع بنزع العارية.

إذا تقرر ذلك فعلى كل من القولين لا بد من القبول، أما إذا كان عقد نكاح  
فظاهر، وأما إذا كان تمليكاً؛ فلأنه في معنى هبة الممنوعة، فيكون أيضاً من قبيل العقود  
فاعتبر فيه القبول، ولأن النكاح مبني على كمال الاحتياط فبراعى فيه وجود ما يقطع  
بسببته.

قوله: (ولو أباح أمته لعبده فإن قلنا إنه عقد، أو تمليك وأن العبد يملك  
حلت، وإلا فلا. والأول أولى؛ لأنه نوع إباحة والعبد أهل لها).

اختلف الأصحاب الفائلون بحل الأمة بتحليل المولى، في أنه إذا أحل أمته  
لعبده هل يحل له بالتحليل على قولين:



أحدهما: - واختاره الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup>، والمصنف في المختلف<sup>(٢)</sup>، وجماعة<sup>(٣)</sup> -  
العدم؛ لصحيفة علي بن يقطين عن أبي الحسن الماضي عليه السلام، أنه سئل عن  
المملوك أيحل له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: «لا يحل له»<sup>(٤)</sup>،  
ولأنه نوع تملك والعبد ليس أهلاً له.

والثاني: - واختاره ابن ادريس<sup>(٥)</sup> - الحل، لأنه لا مانع من كتاب ولا سنة  
ولا إجماع، والأصل الإباحة، ولعموم قوله تعالى: ﴿وَانكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبيادكم وإمائكم﴾<sup>(٦)</sup>، وقوله  
تعالى: ﴿وَانكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبيادكم وإمائكم﴾<sup>(٧)</sup>.

واعترضه المصنف في المختلف<sup>(٨)</sup> بوجوه المانع، وهو الخبر الصحيح والدلالة  
العقولة، وفي هذا الكتاب هي المحكم بالحل وعدمه هنا على القولين في المسألة التي قبله  
أولاً، ثم احتار الحل معرضاً عن هذا البناء، لأنه أهل للنكاح قطعاً

وإن جعلناه تملكاً، فإن قلنا: إن العبد يملك فكذلك، وإن لم نقل بواحد من  
الأمرين - أعني كونه نكاحاً، أو تملكاً مع القول بأن العبد يملك - لم يحل له؛ لأن  
الحل حينئذٍ دثر مع الملك وهو مستفي.

والمراد بالأول في قول المصنف: (والأول أولى لأنه نوع إباحة) هو الحل  
المستفاد من قوله: (حلت)، فيكون الثاني هو ما دل عليه قوله: (والأهلا) أعني عدم

(١) النهاية: ٤٩٤

(٢) المختلف: ٥٧٩

(٣) منهم جعفر الجعفي في لا يباح: ١٦٧، ٣

(٤) التهذيب: ٢٤٣٧ حديث ١٠٦٤، الاستبصار: ١٣٧٣ حديث ١٩٥

(٥) السرائر: ٣١٤

(٦) النساء: ٢٥

(٧) النور: ٢٣

٨ المختلف: ٥٧٩

الحل. ومراده أن القول بالحل أولى من غير بناء على أن العبد يملكه  
بيانه: أنا إذا جعلنا التحليل نكاحاً فترتب الحل عليه للعبد من غير نظر إلى  
كونه يملك أو لا يملك أمر واضح.  
وإذا جعلناه تملكاً فلا نريد به إلا كونه ضرباً من ضروب الإباحة، والعبد أهل  
لها.

قلت: ما لمح المصنف هنا ملامح حسن دقيق، والمبع بناء على التملك وأن العبد  
لا يملك كلام ظاهري، وتحريره إن القدر المعقول من الملك في هذا الباب هو في معنى  
الإباحة، والحر والعبد في ذلك سواء.  
وبيانه: أن النكاح يفيد ملكية منافع البضع للزوج، ولهذا يحكم بوجوب مهر  
المثل على من تولب ارضاع الزوج على وجه يفسح به النكاح، وهذا وإن لم يكن  
ملكاً محضاً؛ لأن الموطوءة بالشبهة تستحق مهر المثل دون زوجها، إلا أن هذا الإطلاق  
صحيح عندهم لا يمنع منه مانع، وهذا القدر يحصل بالتحليل، بل الحاصل به اصحف  
منه وإن خص الأول باسم النكاح والثاني باسم الملك

ولما كان العبد كالحر في استعادة ملكية المنافع في النكاح وجب أن يكون كذلك  
في التحليل بطريق أولى، ولظاهر أن المراد بالملك في هذا وبظائره الاستحقاق كما يقول  
فيما إذا نذر زيد لعمره أن يسكنه داره سنة، أو يعطيه كذا من ماله أو يطعمه ويستقيه  
كذا من طعامه وشرابه، استحقاق عمرو ذلك وملكه ولو كان عمرو عبداً لم يتفاوت  
الحال في الاستحقاق والإطلاق، ومنه ما لو استحق طلب انسان إلى مجلس المحكم فإنه  
يقال ملكه.

ولا يختلف الحر والعبد في هذا الإطلاق، وحيث لم يعقل من ملك منافع البضع  
إلا هذا القدر في النكاح والتحليل، وعلمت أن ذلك ثابت للعبد لا محالة، فالقول بمنع  
التحليل في حقه لا وجه له.

ويجوز تحليل المدبرة وأم الولد، دون المكاتبه وإن كانت مشروطة، والمرهونة.

وأما الرواية فبأنها غير صريحة باللع في صورة النزاع، إذ لا صراحة فيها بكون الأمة ملكاً للمولى، فجار أن يكون المسؤول عنه تحليل مولى العبد أمة الغير أو أنه أراد التحليل بدون الصيغة الشرعية.

ويمكن حملها على التقية، لأن العامة يسمعون التحليل مطلقاً، ولا يعمي أنه لا فرق بين اباحة أمته لعبد أو عبد غيره إذا أذن سيده، ولعل المصنف إنما لم يعمم العبارة بحيث يشمل عبد الغير، لاحتياجه حشواً إلى استقييد بادن السيد.

قوله: (ويجوز تحليل المدبرة وأم الولد دون المكاتبه وإن كانت مشروطة والمرهونة).

كما يجوز تحليل وطء مملوكة لقبة كذا يجوز تحليل وطء المدبرة، لأن التدبير لا يخرج المدير عن الملك، ولا يمنع من تصرف المولى فيه، لبقاء الملك كما كان قبل التدبير، فإن كونه بحيث يستحق العتق بالموت لا يقتضي خلاف ذلك.

ومن ثم صحت اجارته للمدير وعاريتته، ولا يباي شيء من ذلك بقاء التدبير، بخلاف ما لو باعه أو وهبه، وكذا يجوز تحليل أم الولد لما قلناه في المدبرة.

أما المكاتبه فلا يصح تحليلها وإن كانت مملوكة، لانقطاع سلطة المولى عنها بالكتابة وتسلطها على منافع نفسها، ولهذا لا يجوز للمولى وطؤها بحال، ولا فرق بين كون الكتابة مطلقة أو مشروطة.

وإنما عطف المصنف المشروطة إن الوصلية، لأنها الفرد الاحق، لأن انقطاع السلطنة في الكتابة المطلقة اقوى.

وكذا لا يجوز تحليل أمته المرهونة، لأنه لا يجوز للراهن التصرف في الرهن لأجل حق المرهن بوطء ولا غيره إلا بدينه، وعلى هذا فإذا أحلها للمرتهن حلت؛ لاحتصار الحق فيها.

ولو ملك بعضها فأباحته لم تحل، ولو أحل لشريك حلت على رأي.

قوله: (ولو ملك بعضها فأباحته لم يحل، ولو أحل الشريك حلت على رأي).

لو ملك مالك بعض الأمة فبعضها الآخر إما حر أو مملوك لغيره، فإن كان حراً فأباحته نفسها لم تحل به، لأن الحره إنما تحل بالمكاح دون الإباحة قطعاً. وإن كان مملوكاً لغيره فأحلها الشريك فهي حلها للأصحاب قولاً، أحدهما: - واختاره المصنف، ومنعه ابن حمزة<sup>(١)</sup> محتجاً بأنه يلزم تبعص سب البضع، وقد تقدم الكلام في ذلك قبل الفصل الثاني في مبطلاته وأن الأصح علم الحل بذلك، علا حجة إلى إعادته، ويسفي التسه بشيئين:

الأول: موضوع المسألة السابقة وموضوع هذه المسألة متعايران، فيخرج بذلك عن التكرار بيانه: إن موضوع السابقة ما إذا كان مروجاً بأمة مشتركة فاشترى نصيب أحد الشريكين، وموضوع هذه احلان أحد الشريكين الأمة المشتركة لشريكه وهو أعم من موضوع الأولى.

الثاني: حكى جماعة أن المصنف رحمه الله كتب على حاشية كتاب القواعد إنه رأى والده سيد الدين رحمه الله بعد وفاته في النوم فيبحث معه في هذه المسألة ومنع الحل فيها، واحتج بأن سب البضع لا يتبعص، فأجابه والده بصع التبعض، لأن حلها ليس مستنداً إلى حل بعضها بالملك وبعضها به تحليل ليبرم ذلك، بل هي قبل التحليل حرام وبه يحصل حلها فلا تبعص.

واعترض بأنَّ للملك دحلاً وبولاء لما حل، ولتحليل وهو الجزء

ولو أباح الوطء حلت مقدمات الاستمتاع، ولو أحل المقدمات أو بعضها لم يحل الباقي،

الأخير من أجزاء السبب فتبعض السبب.

واحتمل شيئا الشهيد الحل بوجه آخر، وهو أن التبعض الممنوع منه هو ما يتألف من الملك والتزويج، أما ما يرجع إلى ملك وحده فلا، وهو هنا كذلك؛ لأن التحليل راجع إلى الملك كما حققناه، فلا يمنع صحه إلى ملك البصف، كما لو ملك مجموع الأمة بسببين مختلفين كالآرث والبيع ونحوهما، فإن هذا التبعض غير قادح قطعاً، وهذا مثله. ولا شك أن ما احتمل محتمل لا يحلو من وجه.

قوله: (ولو أباح الوطء حلت مقدمات الاستمتاع، ولو أحل المقدمات أو بعضها لم يحل الباقي).

لا ريب أن أعلى مراتب الاستمتاع الوطء، وما عدا ذلك من نحو لمس وتقبيل وملاعبته وما جرى هذا المجرى فهو دونه وبحسوب من مقدماته، لأنه لا يملك من تقدمها عليه غالباً ولا موقع له بدونها.

فإذا أباح مولى الأمة وطأها حل المقدمات لمن أحل له الوطء، نظراً إلى اقتضائه إياها غالباً، ولأن تحليل الأقوى يدل على تحليل ما دونه بطريق أولى. أما لو أحل المقدمات ولم يتعرض للوطء فإنه لا يحل قطعاً لانتفاء المقتضي فيستصحب أصل التحريم، وكذا لو أحل بعض المقدمات لم يحل قطعاً ولا البعض الآخر منها، لانتفاء المقتضي، ولرويه الحسن بن عطية عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا أحل الرجل من حارثته قبة لم يحل له غيرها، وإن أحل له مسها دون الفرج لم يحل له غيره، وإن أحل الفرج حل له جميعها»<sup>(١)</sup>، وفي معناها غيرها<sup>(٢)</sup>.

(١) الكافي ٤٧٠:٥ حديث ١٥، استهذيب ٢٤٥٧ حديث ١٠٦٦

(٢) الكافي ٤٦٨:٥ حديث ٤

ولا تستباح الخدمة بإباحة الوطء وبالعكس .  
ولو وطأ من غير اذن كان زانياً إن كان عالماً، وعليه العقر إن أكرهها  
أو جهلت، والولد للمولى،

ولو كان بعض الذي أحله مستلزماً لبعض آخر غالباً، كالقبيل المستلزم للمس  
بشهوة لم يبعد استفادة حل الثاني من احلال الأول.

قوله: (ولا تستباح الخدمة بإباحة الوطء، وبالعكس).

أما الأول؛ فلأن الخدمة منفعة لا يتناولها عقد التحليل ولا يقتضيها، فيبقى على  
حكم المنع منها استصحابها لما كان.

وأما الثاني وهو العكس، فلأن حل الوطء له عقد برأيه لا محل بدونه، وكذا  
مقدماته فكيف محل بإباحة الخدمة.

قوله: (ولو وطأ من غير اذن كان زانياً إن كان عالماً وعليه العقر إن  
أكرهها أو جهلت والولد للمولى).

ينبغي أن يكون هذا متصلاً بقوله: (وبالعكس)؛ ليكون ذكره سبباً لذكره،  
ويجوز أن يكون حكماً مستقلاً بنفسه، والأول أحسن.

أي: لو أباحه الخدمة فقد قلنا إنه لا يستبيح الوطء، فلو وطأ في هذه الحالة  
من غير اذن، والمراد من غير اذن يقتضيه، وهو الاذن المستفاد من عقد التحليل.  
فلما أن يكون عالماً بالتحريم أو جاهلاً به، أما لجهله بها كأن ظنها أمتة، أو  
لثوهم أن إباحة الخدمة يقتضي حل الوطء.

فإن كان عالماً بالتحريم فهو زان لا محالة يجب حده، ثم هي إما أن تكون  
مطاوعة أو مكرهة، فإن طاوعت فلما أن تكون عالمة بالتحريم أولاً، فإن كانت مكرهة  
أو جاهلة بالتحريم فعليه العقر لولائها، وهو العشر إن كانت بكراً ونصف العشر إن  
كانت ثيباً، لما ذكر في نظائره غير مرة

ولو جهل فالولد حر وعليه القيمة.

وولد التحليل حر بشرط الحرية أو اطلاق، ولا شيء على الأب على رأي.

ويجب مع العقر أيضاً أرش البكارة؛ لأن ازالته حماية خارجة عن عوض الوطء، وإن كانت عالمة بالتحريم فهي وجوب العقر اشكال. تقدّم في كلام المصنف ذكره غير مرة.

وقد نقحناه في أول هذا الباب، وقد بينا أن لامهر في مثل هذا، لأنها هي، نعم يجب أرش البكارة، لأنها حماية مستقلة، وليس من المهر في شيء.

وهذا الحكم وهو عدم وجوب المهر مع علمها بالتحريم ومطاعونها مستمر مع علمه وجهله، فحقه أن يكون قوله: (وعليه العقر) مستقلاً غير متصل بكونه عالماً إلا أن قوله: (والولد للمولى) يقتضي اتصاله به، فإن الولد إما يكون للمولى إذا لم يكن لاحقاً بالواطئ، وإما يكون ذلك إذا كان عالماً

قوله: (ولو جهل فالولد حر وعليه القيمة).

أي لو جهل الواطئ التحريم فالولد حر، وذلك لأنه نسبه لكن عليه قيمته يوم سقوطه حياً لمولى الأمة؛ لأنه نساء مدكه وقد فاب منه بغير اذنه فوجب عوضه، وهو قيمته لو كان رقيقاً في أول اوقات امكان تقويمه، وهو حين سقوطه حياً، ولو حصل للأمة نقص بسبب ذلك وجب أرشه.

قوله: (وولد التحليل حر شرط الحرية أو اطلاق، ولا شيء على الأب على رأي).

للولد الحاصل بالتحليل ثلاثة حوال. أن يشترط الأب على المولى حرية في عقد التحليل، وأن يشترط المولى رقيته، وأن يطبق العقد بحيث يخلو من الأمرين. فإن شرطاً الحرية فالولد حر اجماعاً، ولا قيمة على الأب هنا اجماعاً.

وإن أطلقا العقد فللأصحاب قولان.

أحدهما: إنه رقى، اختاره الشيخ في النهاية والمبسوط، قال في النهاية متى جعله في حل من وطنها وأنت يولد كان لمولاها، وعلى أبيه أن يشتريه بماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال استسمى في ثمنه<sup>(١)</sup>.

وقال في المبسوط في حلال استدلاله على أن التحليل نوع فملك لا عقد. ويكون الولد لاحقاً بأمه ويكون رقاً، إلا أن بشرط الحرية، ولو كان عقداً بمعنى التحليل للحق بالحرية على كل حال<sup>(٢)</sup>.

والثاني إنه حر ذهب إليه المرتضى<sup>(٣)</sup>، وأس درس<sup>(٤)</sup>، وجمع من المتأخرين<sup>(٥)</sup> منهم المصنف، واحاراه الشيخ في الخلاف<sup>(٦)</sup> وهو الأصح<sup>(٧)</sup>.

لما أن الحرية مبينة على لتعليب والسراية، وهذا سرى العتق بأقل جره يتصور، ولا شبهة في أن الولد متكون من نطفة الرجل والمرأة كما نطق به القرآن العزيز، فيعلب بجانب الحرية ولموثقة اسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يحلل جاريته لأخيه - إلى أن قال - قلت: فجاءت بولد قال: «يلحق بالحر من أبيه»<sup>(٨)</sup>.

ولحسة زارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يحل جاريته لأخيه قال: «لا بأس»، قال: قلت: فإن جاءت بولد قال: «بصم إليه ولده وترد الجارية على

(١) النهاية ٤٩٤

(٢) مبسوط ٢٤٦: ٤

(٣) حله عنه فخر المحمدين في لا يضح ١٦٨: ٣

(٤) سرائر ٣١٣

(٥) مهم المحقق في لشرع ٣١٧: ٢، والمفرد السيوري في التقيح ١٧٧: ٣

(٦) الخلاف ٢: ١٧٠

(٧) التهذيب ٢٤٧٧ حديث ١٠٧٦، الاستبصار ١٣٩: ٣ حديث ٥



صاحبها، قلت له: انه لم يأذن في ذلك، قال: «انه قد اذن له وهو لا يأمن أن يكون ذلك»<sup>(١)</sup>.

وغير ذلك من الأخبار<sup>(٢)</sup>!

احتج الشيخ بما رواه صريس بن عبد الملك قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يحلل لأخيه مخرج حارثته، قال: وهو له حلال، قلت: فإن جاءت بولد منه قال: «هو لمولى الجارية، إلا أن يكون قد اشترط على مولى الجارية حين إحلالها إن جاءت بولد فهو حر»<sup>(٣)</sup>.

وفي معناها رواية الحسين (عليه السلام) عنه عليه السلام<sup>(٤)</sup>.

وحوايه إن الروايات من ذلك الجاسب أكثر واشهر بين الأصحاب ووضح طريقاً، فلا تصلح هذه لمعارضتها.

وإن شرطاً الرقية، وهي الحالة الثابتة ولم يتعرض اليها المصنف.

فصل قول الشيخ في النهاية والمبسوط<sup>(٥)</sup> الشرط تأكيد لمقتضى التحليل، ويترتب عليه عدم وجوب الفك على الأب ولا السعابة، وعلى القول باعتقاده حراً المشهور بين الأصحاب صحة الشرط.

قال شيخنا في شرح الارشاد: ولا قاطع يدل عليه بل ولا حديث ولهذا توقف فيه المحقق، ثم قال: ويمكن الاستدلال باشتهاره بين الأصحاب وعدم علم المخالف

(١) التهذيب ٢٤٧:٧ حديث ١٠٧٣، الاستبصار ١٣٩:٣ حديث ٥٠٢

(٢) التهذيب ٢٤٦:٧ حديث ١٠٧٠، الاستبصار ١٣٩:٣ حديث ٤٩٩

(٣) التهذيب ٢٤٦:٧ حديث ١٠٦٨، الاستبصار ١٣٨:٣ حديث ٤٩٧

(٤) التهذيب ٢٤٦:٧ حديث ١٠٦٩، الاستبصار ١٣٨:٣ حديث ٤٩٨

(٥) النهاية ٤٩٤، المبسوط ٢٤٦:٤

### الفصل الرابع: في بقايا مسائل متبددة:

يكره وطء الفاجرة، والمولودة من الزنا، وأن ينام بين حرتين، وأن يوطأ حرة وفي البيت غيره، ولا بأس بهما في الإمام.

وعموم: «المسلمون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>.

أقول: قد بينا فيها سبق الدليل الدل على عدم صحة هذا الشرط في لكاح، وهذا بعينه آت هنا، إلا أن يطلع فتوى الأصحاب هنا فمطلع لاجماع، فيكون هو لمحله اذا عرفت ذلك فقول المصنف (شرط الحرية أو اطلاق ولا شيء على الأب) يريد به كون الرأي في الحرية وعدم وجوب شيء على الأب مع الاطلاق، فإن مع اشتراط الحرية لا خلاف في الحكمين

قوله: (الفصل الرابع: في بقايا مسائل متبددة).

إنها كانت هذه المسائل متبددة؛ لأنها من أبواب شئ حاول بها تكميل المباحث السابقة.

قوله: (يكره وطء الفاجرة والمولودة من الزنا، وأن ينام بين حرتين، وأن يوطأ حرة وفي البيت غيره، ولا بأس بهما في الاماء).

لا شبهة في كراهية وطء الرينة بالعقد والملك؛ لما فيه من العار وخوف اختلاط الماءين، وكذا يكره وطء المولودة من الزنا لكل من الأمرين. روى محمد بن مسلم عن أحدهم عليها السلام عن الخبيثة يتزوجها الرجل قال: «لا، وإن كانت أمة فإن شاء وطأها ولا يتخذها أم ولد»<sup>(٢)</sup>.

(١) لتهديب ٢٢:٧ حديث ٩٢، من الدارقطني ٢٧:٣ حديث ٩٨ و ٩٩

(٢) لكفي ٣٥٢:٥ حديث ٤، لتهديب ٣٠٧:٨ حديث ٣٣٣

وللسيد استخدام الأمة نهاراً، وعليه تسليمها إلى زوجها ليلاً.  
وهل له اسكانها في بيت في داره، أو للزوج اخراجها ليلاً؟ نظر  
أقر به الأخير.

والمراد بذلك أن يعزل عنها حدرأ من حملها.

وكذا يكره النوم بين حرتين؛ لما فيه من الامتناع لهما بحلاف الأمتين. وكذا  
يكره أن يظأ الحرة وفي البيت غيره، ولا بأس بذلك في الأمة.

وينبغي تقييد العير بكونه محرم، روى الكليني بإساده إلى الصادق عليه السلام  
قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله . والذي نفسي بيده لو أن رجلاً غشي امرأته  
وفي البيت مستيقظ يراها ويسمع كلامها ونفسها بما افلح اهدأ إن كان غلاماً كان  
رانياً، أو كانت حارية كانت رانية»<sup>(١)</sup>.

وروى الشيخ بإساده إلى الصادق عليه السلام قال «لا يجامع الرجل امرأته  
ولا جاريتها وفي البيت صبي. فإن ذلك مما يورث الربا»<sup>(٢)</sup>.

وقول المصنف. (ولا بأس به في الاماء) يريد به النوم بين أمتين ووطء المرأة وفي  
البيت غيره

قوله: (وللسيد استخدام الأمة نهاراً، وعليه تسليمها إلى زوجها ليلاً  
وهل له اسكانها في بيت في داره، أم للزوج اخراجها ليلاً؟ نظر أقر به  
الأخير).

إذا رُوح السيد أمتة لم يرمه تسليمها إلى الزوج ليلاً ونهاراً قطعاً، بل  
يستخدمها نهاراً ويسلمها إلى الزوج ليلاً. لأن السيد يملك من أمتة منفعة

(١) الكافي ٥: ٥٠٠ حديث ٢

(٢) الكافي ٤٩٩: ١، التهذيب ٢: ٤١٤ حديث ١٦٥٥

الاستخدام ومنفعة الاستمتاع ، فإذا زوجها فقد عقد على إحدى منفعتيها ، وبقيت المنفعة الأخرى يستحق استيفاءها في وقتها وهو النهار. كما لو آحر الأمة فيه يسلمها للمستأجر وقت الاستخدام وهو النهار ، ويمسكها ليلاً لاستيفاء المنفعة الأخرى.

ولو أراد أحدهما تسليمها نهاراً للاستمتاع بدلاً من الليل لم يلزم الآخر إجابته؛ لأن الليل وقت الاستراحة والاستمتاع ، وعينه التعديل في القسم بين النساء إذا تقرر ذلك

فلو قال السيد لا أخرجه من داري لكن امرد لكما بيتا لتخلوا فيه ، فأبى الزوج إلا أخراجها ليلاً ، ففي تقديم اختيار السيد لزوج مظهر ينشأ من إحمال كل منها

أما السيد؛ فلأنه يستحق دوام يده على منكبه ، فإذا لم يناف حق الزوج حيث يتمكن من الوصول إلى حقه كان فيه الجمع بين الحفين

وأما الزوج ، فلأن له على الروحه حق تنبيهه ، لقوله تعالى ﴿الرجال قوامون على النساء﴾<sup>(١)</sup> فتعين المكان إليه ، ولأن الحياء والمرورة يمنعه من دخول دار السيد ، ولأن التسليم ليلاً إلى الزوج يجب أن يكون تاماً ؛ لانقطاع حق السيد عنها في الليل ، ولا يكون تاماً إلا بها قضاء.

ولقوة دلائل هذا الوجه على ان الذي قبله كان هو الأقرب عبد المصنف ، والأصح في الفتوى.

ووجه ضعف ما قبله أن لما منع أن يجمع أن للسيد دامة يده على الأمة ليلاً؛ لأنه لما عقد على منفعة الليل انقطعت سلطته عنها ليلاً. وكذا له أن يمنع أن في ذلك جمعاً

ولو كانت محترفة وأمكنها ذلك في يد الزوج، ففي وجوب تسليمها إليه نهائياً أشكال.

وللسيد أن يسافر بها، وليس له منع الزوج من السفر ليصحبها ليلاً.

بين الحقيين، فإن حق الزوج هو التسليم التام ولا يحصل بذلك قوله: (ولو كانت محترفة وأمكنها ذلك في يد الزوج، ففي وجوب تسليمها إلى الزوج نهائياً أشكال).

أي: لو كانت الجارية المزوجة ذات محرفة، وأمكنها عمل تلك المحرفة في يد الزوج، فقال: دعوها تحترف للسيد في يدي، ففي وجوب تسليمها إليه نهائياً أشكال يشأ من أن المانع من تسليمها إليه نهائياً هو فوات حق السيد، وفي الصورة المذكورة المانع المذكور منتفٍ فوجب التسليم.

ولأن لكل من السيد والزوج حقاً منعاً بها، ومع التسليم على الوجه المذكور يحصل الجمع بين الحقيين فكان واجباً ومن أن حق كل منها احتص برمان: نظراً إلى ارتباطه به عالياً، فحق الزوج مناطه دليل: لأنه محل الاستمتاع غالباً، وحق السيد مناطه النهار كذلك، فلا يتغير ذلك بحدوث حالة مادية، على أن حق السيد ليس محصوراً في المحرفة، وقد يبدو له غير ذلك استخداماً وهذا أصح، ومن هذا البيان يظهر انتفاء الجمع بين الحقيين بذلك.

قوله: (وللسيد أن يسافر بها، وليس له منع الزوج من السفر ليصحبها ليلاً).

إذا أراد السيد أن يسافر بالأمة المزوجة كان له ذلك، ولم يكن للزوج المنع؛ وذلك لأن السيد مالك للرقبة وأحدى المفعتين، وليس للزوج إلا المفعة الأخرى فكان جابه هوى من جانب الزوج، فهو أراد الزوج والحالة هذه أن يسافر معه ليستمتع بها ليلاً لم يكن للسيد منعه؛ لأن ذلك حق ثابت له.

وإنما تجب النفقة بالتسليم ليلاً ونهاراً، فلو سلمها ليلاً فالأقرب عدم وجوب نصف النفقة ويسقط مع سفر السيد بها.

قوله: (وإنما تجب النفقة بالتسليم ليلاً ونهاراً، فلو سلمها ليلاً فالأقرب عدم وجوب نصف النفقة، وتسقط مع سفر السيد بها).

يجب بالنكاح الدائم من الحقوق لذية شئان المهر، والنفقة أما المهر فإنه يجب كله بالعقد عند المحققين في غير الموهبة ويستقر بالدخول، ولا يجب تسليم الزوجة إلا مع تسليمه.

ولو سافر بها السيد قبل التمكين لم تكن له مطالبة، بخلاف ما لو مكى بها فلم يسلم الزوج وأما النفقة فالمذهب أنها إنما تجب بالتمكين بالتمام شرعاً

إذا مرر هذا مفعول أما قد بينا أن لأمه المروجة لا يجب على السيد تسليمها ليلاً ونهاراً، بل ليلاً خاصة، فإن اتفق تسليمها بيه ليلاً ونهاراً فلا كلام في وجوب جميع النفقة، وإن سلمها ليلاً خاصة فهي النفقة ثلاثة أوجه.

أحدها: وجوب جميعها، لحصول التمكين التام، إذ لا يراد منه إلا التمكين الواجب شرعاً؛ لأن غيره غير منظور إليه عند الشارع، وكما أن المنع من الاستمتاع زمان الحيض والمرض مثلاً لا يمنع وجوب النفقة ولا شيء منها، ومثله منع الروجة من التسليم قبل الدخول لقبض المهر، فكذا مع من لا يستمتع هنا بهاراً لا يسقط النفقة.

وفيه نظر؛ لأن المنع في المرض والحيض إنما جاء من قبل الشارع لا من قبل الزوجة، والمنع من التسليم قبل الدخول جاء من قبل الزوج، لأن هذا المنع إنما يترتب على منعه المهر المستحق بالنكاح، بخلاف المنع لمصلحة السيد؛ لاستيفاء المصلحة المستحقة، كما لو أجرت الحرة نفسها تعمل نهاراً مدة ثم تزوجت في خلالها، فإن حق المستأجر نهاراً معتم، ولا يعد ذلك عذر في نفقة ولا يجب وإن سلمت نفسها ليلاً.

وثانيها - وهو الأقرب عند المصنف والأظهر في الفتوى - عدم وجوب شيء منها لأن مناط الوجوب التسليم التام، وهو مستتب فينتفي الوجوب، وبما ذكرناه في ضعف الوجه الأول والثالث يتبين وجه القرب هنا.

وثالثها. التبسيط، فيجب نصف اسعة في مقابل التسليم ليلاً، لأنه نصف الزمان عادة، وسقط نصف في معاني المنع بهراً لأن التسليم المقتضي للاتفاق قد حصل في بعض الزمان، والمنع المقتضي للسقوط قد حصل في بعض، فوجب أن يوفر على كل معصاة، كما لو شرط الحرة بهراً ثم أطاعت ليلاً فإن بقية النهار تسقط وتجب بقية الليل.

ومل في التبسيط إن نفقة الليل على الزوج فيجب عليه العشاء وما تحتاج إليه من الملابس في الليل، وعلى السيد العشاء وما تحتاج إليه من الملابس في النهار. وبعد نظر لأن التسليم التام هو التسليم الذي ظاهره عموم الأزيمة وشمول جميع الاستمتاعات. فكما أن التمكين من بعض الاستمتاعات والمنع من بعضها لا يجب معه شيء من النفقة ولا تكون مورعة على الاستمتاعات، فكذا التمكين في بعض الزمان مع المنع في بعض.

ويريد ببياناً أن الأصل عدم استحقاق النفقة بدون التسليم بجميع الزمان، ولم يثبت كون التسليم ببعض الزمان سبباً في وجوب النفقة أو شيء منها، فينتفي الوجوب بانتفاء مقتضيه.

هذا كله إذا لم يسافر بها السيد، فإن سافر بها لم يكلف الزوج السفر معها ليقرب عليه الاتفاق مع التمكين، فإذا تحدى سقط وجوب الاتفاق قولاً واحداً. ولا يخفى أن قول المصنف (وإنما يجب النفقة بالتسليم ليلاً ونهاراً) يقتضي أن لا تجب النفقة بدونه، وقوله. (ولو سلمها....) إنما يدل على سقوط النصف، فهو تفريع غير مستحسن.

ولو قتلها السيد قبل الوطء ففي سقوط المهر نظر، اقربه العدم، كما  
لو قتلها أجنبي أو قتلت الحرة نفسها

فرع:

لو سلمها إليه قبل السفر فلم يدخل ثم سافر بها وجب على الروح تسليم  
المهر؛ لأنه غير مشروط بدوام التسليم بخلاف لعممة

قوله: (ولو قتلها السيد قبل الوطء ففي سقوط المهر نظر، اقربه  
العدم، كما لو قتلها أجنبي أو قتلت الحرة نفسها)

لا ريب أن هلاك المنكحة بعد الدخول لا يسقط المهر ولا شيئاً منه، حرة  
كانت أو أمة، سواء هلك بالموت أو القتل، لاستقراره بالدخول. أما قبل الدخول،  
فإذا قتل السيد الأمة فإن في وجوب المهر وسقوطه وجهين متباينين يشأ النظر من  
الالتفات إليهما:

أحدهما: السقوط؛ لأنها فرقة حصلت قبل الدخول من مستحق المهر، فكان  
كفسخ الزوجة وردتها قبل الدخول، ولأن ترويح لسيده لأمة يحكم الملك، فهو  
كالمعاوضة المالية فقتله إياها قبل لدخول كغلاب التباع لمبيع قبل القبض.

وثانيهما: العدم؛ لأنها فرقة حصلت بانتهاء العمر فهي كالموت قبل الدخول.  
وهذا إنما يتم على القول بأن المقتول لو لم يقتل لمات، وهي مسألة كلامية.  
وعندي في هذا الباء شيء؛ لا إطلاق النص "بكون الموت موجباً لاستقرار المهر  
الشامل للموت بالقتل وغيره، وكونه بحيث يعيش لولا القتل لا دخل له.

والأقرب من الوجهين عند المصنف الثاني، ووجه القرب أن المهر قد وجب  
بالعقد والأصل بقاؤه، ولم يثبت كون القتل موجباً للسقوط، والنكاح ليس معاوضة



محضة، وكون ترويح السيد لأمة بحكم الملك لو أوجب هنا السقوط لأوجهه فيها إذ ماتت حتف أنفها قبل الوطء كما لو باعها فهتت قبل القبض،

وقد نبه المصنف على حكم هذه المسألة بذكر مآلتين:  
أحدهما: ما إذا قتل الأمة أجنبي.

والثانية: ما إذا كانت الروحة حرة فقتل نفسها، ومقتضى ذلك عدم السقوط فيها وجهها واحد.

والتحقيق أن الاحتمال ينطرق اليه، <sup>أي</sup> إذا قتل الأجنبي الأمة؛ فأنه على اعتبار الترويح بحكم المالة كالمال، يبيع قبل قبضه، وهذا ليس للزوج نصيبه شيئاً إذ لا يجب سوى عوض النفس، بخلاف اتلاف المبيع فيلزم السقوط

وإن كان الحكم به هنا أضعف من الحكم به إذا قتلها السيد، فإن المهر إما يسقط بالقسح إذا حدث من المستحق له ومثل قتل الأجنبي ما إذا قتلها الزوج، فإن قتله هنا لا ينضمّن القبض، كما لو قتل العبد المستأجر.

وأما الحرة إذا قتلت نفسها فإن مطلق الكاح فيه شائبة المعاوضة، فقتلها نفسها قبل الدخول كاتلاف البائع المبيع قبل القبض، فيلزم بالسقوط هنا أيضاً، وربما فرّق بين الحرة والأمة؛ بأن الحرة كالمسلمة إلى الزوج بالعقد، فإن له أن يمنحها من المسافرة، وليست الأمة كذلك؛ لأن للسيد أن يسافر بها، وتأثير هذا الفرق غير واضح، ولو أثر لزم استقرار مهر الحرة بالمقدّم مع عدم نشوزها حينئذ.

والمنهـب في المسائل كلها عدم السقوط؛ لأن النكاح ليس على نهج المعاوضات؛ ولا منافع البضع كسائر مبيع الأموال، وقد وجب المهر بالعقد وثبت أن الطلاق يشطره، والقسح من قبل الروجة ومن جرى مهرها يسقطه، فيقتصر على ذلك وبحكم في باقي الأحوال باللزوم بحكم الاستصحاب، ولعل المصنف أراد بالأجنبي والحرة ذكر نظير المسألة، أو أراد أن الحكم بالسقوط فيها أضعف.

وإذا عقد لشهادة اثنين لها بالحرية وأولدها، فعليهما ما أتلّفاه عليه من مهر وقيمة الولد لتزويرهما، وفي تضمينها ما ردد عن مهر المثل اشكال.

قوله: (وإذا عقد بشهادة اثنين لها بالحرية وأولدها، فعليهما ما أتلّفاه عليه من مهر وقيمة الولد لتزويرهما، وفي تضمينها ما زاد عن مهر المثل اشكال).

أي إذا عقد على الأمة بشهادة اثنين بكونها حرة، ثم تبين رقبها وقد دخل بها وأولدها، فلا شك في تضمينها ما أتلّفاه عليه بشهادتهما، وذلك هو المهر وقيمة الولد، لأنها غرّاه بشهادتهما فدخل على أبي الولد له بقدر ضمان شيء وأن النكاح صحيح، فلما ظهر الخلاف وبين تزويرهما كان له الرجوع عليهما لأن المعروف يرجع على من عره.

وقد تقدّم في كلام المصنف في أول باب نكاح الإمام أن الواجب على العاقد هو المسمّى، ولا ريب أنه قد يريد على مهر مثل وقد ينقص عنه، فإن لم يرد فلا شبهة في الرجوع بما اغترم، وإن راد فلا شبهة أيضاً في الرجوع بقدر مهر المثل.

وأما الزائد فإن في الرجوع به اشكاً يشأ: من أنها غرّاه في ذلك بشهادتهما لها بالحرية، إذ لولاها لما اصدقها ذلك القدر، والمعروف يرجع على من عره، ومن أن اصدقها الزيادة إما كان باختياره، فإن شهدتها بالحرية لا توجب اصدق الزائد على مهر أمثالها، فكان الروح مستقلاً بانلاف لئلا حيث أنه متبرع به، إذ ليس في مقابله شيء باعتقاده.

ومثله ما لو شهدا بهال لزيد فاشتراه آخر بزند عن القيمة السوقية، ثم تبين تزويرهما وتعذر استرجاع الثمن، فإن في تعريض الشاهدين الزائد عن القيمة اشكاً. ولقائل أن يقول إن أريد بالتعريض الموجب لاستحقاق الرجوع ما يكون سبباً في الغرم في الجملة، فمعلوم أن الشهادة بالحرية هي الباعث على العقد، ولها دخل في

## ولا يشترط في التحليل تعيين المدة على رأي.

كل مهر يذكر في العقد، فوجب المحكم باستحقاق الرجوع به كائناً ما كان وإن أريد به ما يلزم عن الشهادة فمعلوم أن أصل الكاح ليس لازماً عن الشهادة، وإما هو مستند إلى اختيار الزوج، والشهادة بالحرية من جملة البواعث، فالمحكم بتعظيم الزائد له وجه.  
إذا عرفت ذلك فهنا مباحث:

الأول: أطلق المصنف في العبارة الشاهدتين ولم يصرح بكونها عدلين، ومقتضى الإطلاق أن له الرجوع عليهما بما ذكر بهما من عدلين، وإن لم يكونا عدلين. وكذا أطلق في المختلف<sup>(١)</sup> وإن كان كلامه الذي ذكره آخراً محققاً يقتضي عدالتهما، إلا أن اشتراط العدالة في استحقاق الرجوع بهما لزمه غرض من التفرير لا يظهر وجهه، فإن المدلس لا يشترط عداله في استحقاق الرجوع عليه في صورة المدلس، ومتى صح عدم اشتراط العدالة فكذا عدم اشتراط التعدد.

الثاني: ظاهر العبارة أنها بما اتفقا بهما من المهر وقيمة الولد، فلا يرجع عليهما بما سواهما ويمكن أن يقال: إن النفقة من هذا القيل أيضاً، لأنه إنما يدلها بناء على وجوبها بالزوجية بناء على الحرية وقد ظهر العدم.

الثالث: ينبغي أن يرد بمهر المثل الذي يرجع به جزماً: هو مهر مثلها على تقدير كونها حرة؛ لأن ذلك هو اللائق بها لو كانت حرة، فهو يقتضي العرر لا محالة، فالرائد عليه هو مناط الاشكال، وليس المراد به مهر مثلها أمة قطعاً وهو ظاهر.

قوله: (ولا يشترط في التحليل تعيين المدة على رأي).

قد ذكرنا فيما سبق أن الرأي هو ما عليه أكثر الأصحاب، وأن القول

وإذا اشترى جارية موطوءة حرم عليه وطؤها قبلاً إلا بعد الاستبراء.  
ويجب على البائع أيضاً استبرؤها، فيكفي عن استبراء المشتري،  
ويصدق المشتري مع عدالته على رأي.

بإشراط التعيين هو قول الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup>، ويحيى على قول من يرى أن التحليل  
نكاح مقطوع الاشتراط أيضاً، والأصح العدم، وقد تقدم البحث في ذلك  
قوله: (وإذا اشترى جارية موطوءة حرم عليه وطؤها قبلاً إلا بعد  
الاستبراء، ويجب على البائع أيضاً استبرؤها فيكفي عن استبراء المشتري،  
ويصدق المشتري مع عدالته على رأي).

لأربب أنه إذا اشترى جارية قد علم كونها موطوءة بحكم أسرارها، فلا يسقط  
بعق ولا غيره إذا كان الوطء من البائع، وكذا إذا كان من غيره إلا أن يكون وطءاً  
يوجب العدة كوطء الروح في النكاح، لعدم المقطوع، فإن فيه العدة لا محالة.  
ويعلم من قول المصنف (حرم عليه وطؤها قبلاً) جوار الوطء دبرها، وهو  
غير واضح، فإن الذي يجوز الاستمتاع به في الأمة المملوكة بالبيع إذا أحب استبرائها  
هو ما عدا الوطء على ما سبق، فلو اقتصر على قوله (حرم عليه وطؤها) كان أولى.  
وقد بينا أن الاستبراء لا يكفي مطلقاً بل في غير المروجة، ولعل إطلاقه اعتماداً  
على ما سبق منه، وهو أن المروجة إذا طلفت بعد الدخول اعتدت، وإن فسخ السيد  
نكاحها استبرأت.

ولاشك أنه كما يجب على لمشتري لاستبراء كذا يجب على البائع لاستبراء  
من وطئه خاصة؛ لقول الصادق عليه السلام في رواية عمار «الاستبراء على الذي يريد  
أن يبيع الحارية وأحب إن كان يطؤها»<sup>(٢)</sup>، ومفهوم اشترط حجة، فإذا فعل كفي ذلك

(١) لنهاية: ٤٩٤

(٢) تهذيب ٨: ١٧٧ حديث ٦٢١، الاستبصار ٢: ٢٦٣ حديث ١٢٠٣

ولو اشتراها حاملاً كره له وطؤها قبلًا قبل الوضع أو مضي أربعة أشهر وعشرة أيام إن جهل حال الحمل، لأصالة عدم اذن المولى بالوطء، فإن علم اباحتها إما بعقد أو تحليل حرم الوطء حتى تضع، وإن علم كونه عن زنا فلا بأس.

عن استبراء المشتري إذا علم به.

ولو أحرمه فهل يكفي في سقوط أحباره؟ فيه قولان تقدمنا، أصحهما أنه يكفي إذا كان ابائع عدلاً

قوله: (ولو اشتراها حاملاً كره له وطؤها قبلًا قبل الوضع أو مضي أربعة أشهر وعشرة أيام إن جهل حال الحمل؛ لأصالة عدم اذن المولى بالوطء. وإن علم اباحتها أمّا بعقد أو تحليل حرم حتى تضع، وإن علم كونه عن زنا فلا بأس).

إذا اشترى أمة حاملاً فلا يحبو إما أن يكون الحمل عن زنا، أو عن وطء صحيح بمكاح شرعي أو ملك، أو يكون مجهول الحال، ويتبني أن يكون الوطء بشبهة كالنكاح الصحيح، وبه صرح في المختلف<sup>(١)</sup>.

فإن كان الحمل عن زنا حار وطؤها عبد المصنف مطلقاً؛ لأن الزنا لا حرمة له، وإن كان مجهول الحال بحيث لا يعلم فيه الحل وعدمه جاز الوطء عنده أيضاً، لكن يكره إذا لم يمض للحمل أربعة أشهر وعشرة أيام.

أما الجوار؛ فلأنه في قوة الرماء، إذ الحمل إما يكون باذن المولى، والأصل عدمه. وأما الكراهية قبل المدة المذكورة فقد حثج لها المصنف في المختلف<sup>(٢)</sup> بما رواه رفاعة بن موسى السعاس عن أبي الحسن عليه السلام قلت: إن كانت حاملاً فما لي

ولو تقايلا البيع وجب لاستبراء مع القبض لا بدونه.

منها ؟ قال «لك منها ما دون الفرج حتى يبيع حملها أربعة أشهر وعشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج»<sup>(١)</sup> فلا دلالة فيها على المدعى بعينه

وأصالة عدم إذن المولى في الوطء معرض بأصالة الصحة في فعل المسلم، وبأن إمكان الحل كافٍ في وحب الاحتساب، ولعموم قوله عليه السلام في المسيبات «لاتوطأ الحبالى حتى يضر»<sup>(٢)</sup>، فمن ثم كان التحريم أقوى، وهو اختيار شيخنا لشهيد وبعض المتأخرين.

وإن كان الحمل عن وطء بسبب محترم جرم الوطء حتى يصح عند المصنف<sup>(٣)</sup> وجماعة، لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا إِتِاقُ الْإِحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾<sup>(٤)</sup> <sup>(٥)</sup>

وأطلق الشيخان حل وطء الأمة للحامل بعد المدة<sup>(٦)</sup>، واكتفى المفيد بأربعة أشهر ولم يقيد الحامل بشيء<sup>(٧)</sup>، وصرح أبو الصلاح بالتحريم قبل أربعة أشهر وأطلق الحامل<sup>(٨)</sup>، وذهب ابن إدريس إلى كراهة الوطء قبلاً، سواء كان الوطء قبل الأربعة أو بعدها<sup>(٩)</sup>، محتجاً بالأصل، وعموم قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾<sup>(١٠)</sup> قوله: (ولو تقايلا البيع وجب لاستبراء مع القبض لا بدونه).

(١) الكافي ٤٧٥:٥ حديث ٢، التهذيب ٨: ١٧٧ حديث ٦٢٢

(٢) عبود أخبار الرضا (عليه السلام) ٦٣٢ حديث ٦٧٦ من البيهقي ٤٤٩٧

(٣) المختلف: ٥٧٢

(٤) الطلاق: ٤

(٥) في النسخة الحجرية: وما روى كذا بياض، وفي نسخة «ش»: ولا روى ولم يرد في نسخة «ش»: أي شيء.

(٦) نهاية: ٤٩٩

(٧) المصنف: ٨٥

(٨) الكافي في الفقه: ٣٠٠

(٩) لمراثة: ٢٦٥

(١٠) النساء: ٢

وإذا طلق المجهول عتقها مهراً قبل الدخول رجع نصفها رقاً لمولاها  
تستسعى فيه، فإن أبت كان لها يوم وله يوم في الخدمة، ويجوز شراؤها من  
سهم الرقاب.

والأقرب نفوذ العتق والرجوع بنصف القيمة وقت العقد، كما لو  
اعتقت المهر قبل الدخول

إذا تقايلا المتبايعان فقد أنزل المالك عن المشتري إلى البائع، فإن كان  
المشتري قد قبض الأمة وجب الاستبراء، لأننا قد أسلفنا أن جميع أسباب نقل الملك  
مثل البيع في وجوب الاستبراء، وبما أن البيع إنما يوجه مع احتمال الوطء لا بدونه.  
فمضى حصل القبض للمشتري وجب بعد التقايل على البائع الاستبراء لا  
بدونه؛ لانعفاء المقتضي، ومن هذا يعلم أن القبض لا يؤثر في وجوب الاستبراء إلا إذا  
كان الوطء معه ممكناً

قوله: (وإذا طلق المجهول عتقها مهراً قبل الدخول رجع نصفها رقاً  
لمولاها تستسعى فيه، فإن أبت كان لها يوم وله يوم في الخدمة، ويجوز شراؤها  
من سهم الرقاب والأقرب نفوذ العتق والرجوع بنصف القيمة وقت العقد،  
كما لو اعتقت المهر قبل الدخول).

هذه من جملة أحكام ما إذا اعتق أمته وتروحها وجعل العتق صداقها، فهي  
من تشمة ما سبق، وتحقيقها أنه إذا جعل العتق للأمة مهرها بالصيغة المعتبرة على ما  
سبق صح كما جمعناه.

فإذا طلقها قبل الدخول وجب أن يعود إليه نصف المهر وقد جعل المهر عتقها  
وقبضته أن يرجع نصفها رقاً لمولاها.

فذهب إلى ذلك الشيخ<sup>(١)</sup>، وابن حمزة<sup>(٢)</sup>، احتجاجاً بها رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام: في رجل اعتق أمة له وجعل عتقها صداقها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: «يستعيرها في نصف قيمتها، فإن ابت كان لها يوم وله يوم في الخدمة»، قال: «وإن كان لها ولد أدى عنها نصف قيمتها وعتقت»<sup>(٣)</sup>.

وقريب منها رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام<sup>(٤)</sup>، ورواية عباد بن كثير البصري عنه عليه السلام<sup>(٥)</sup>. وعلى هذا فيجوز شراء نصفها من سهم الرقاب؛ لأنه رقيق.

وذهب ابن المنيد<sup>(٦)</sup>، وابن الجراح<sup>(٧)</sup>، وابن تميم إلى نفوذ العتق ويرجع الولي عليها بنصف قيمتها<sup>(٨)</sup>، وأختاره المصنف في المختلف<sup>(٩)</sup>، وقرب بهما، وهو الأصح لنا إن العتق صح بالاصدق كما صح النكاح، ولهذا لو اصدقها رقماً فاعسفه قبل الدخول ثم طلقها فإن العتق ينفذ ويجب عليها قيمة النصف.

وحقيقة العتق ملك الملك وزواله، وعوده بعد زواله محتمل؛ لو حود المعتصم وأسفاه المانع قال المصنف في المختلف ونعم ما قل. وكلام الشيخ إنما يتم لو قلنا: إن المرأة لا تملك جميع المهر بالعقد، بل تملك نصفه والنصف الآخر بالدخول<sup>(١٠)</sup>.

(١) النهاية، ٤٩٧.

(٢) الوسيلة، ٣٥٩.

(٣) الفقيه ٣٦١:٣ حديث ١٢٤٣، التهذيب ٤٨٢:٧ حديث ١٩٣٩، الاستبصار ٢١٠:٣ حديث ٧٦١.

(٤) التهذيب ٢٠٢:٨ حديث ٧١٢، الاستبصار ٢١٠:٣ حديث ٧٦٢.

(٥) التهذيب ٢٠٢:٨ حديث ٧١٣، الاستبصار ٢١٣:٣ حديث ٧٦٣.

(٦) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٧٣.

(٧) المهذب ٢٤٨:٢.

(٨) لرائر ٣١٦.

(٩) المختلف: ٥٧٣.

(١٠) المختلف: ٥٧٣.



وملك كل من الزوجين صاحبه يوجب فسخ العقد فإن كان المالك الرجل استباح بالملك، وإن كانت المرأة حرمت عليه، فإن أرادته اعتقته أو باعته ثم جددت العقد.

ورواية عبدالله بن سنان عن يصادق عليه السلام قال: قلت له، رجل اعتق مملوكته وجعل عتقها صداقها ثم أطلقها قال: «مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمتها تسعى فيه ولا عدة عليها»<sup>(١)</sup> والجواب عن الاخبار المتقدمة انطوى في إسندها، قال المصنف في المختلف: يونس بن يعقوب كان قطعياً قبل وقد رجع، ورواية أبي بصير مرسله، وعناد عامي<sup>(٢)</sup>، وهنا كلامان:

الأول: بناء على الأصح الواجب للسيد عليها هو قيمة النصف وفي العبارة نصف القيمة، وكذا في الرواية، وفيه تسامح، لأن لتشخص قد تنقص به القيمة والواجب هو قيمته على تقدير التشخيص، لأن القيمة بدل منه.

الثاني: إما تعتبر القيمة وقت العقد، لأنه وقت ملك المهر ووقت دخوله في ضمان الروجة، والطلاق يقتضي عود نصف الموقوف عنه للزوج

واعلم أن في رواية عبدالله بن سنان: أنها تسعى في قيمة النصف، وهو مشكل؛ لأنه دين يجب أن يكون كسائر الديون يجب لا يظار به مع الاعسار، ولم يصرح المصنف بذلك في العبارة بل اقتصر على ذكر الرجوع وهو الأنسب بالحال.

قوله: (وملك كل من الزوجين صاحبه يوجب فسخ العقد، فإن كان المالك الرجل استباح بالملك، وإن كانت امرأة حرمت عليه، فإن أرادته اعتقته أو باعته ثم جددت العقد).

(١) النسخة ٣ ٢٦١ حديث ١٢٤٢، لهديب ٤٨٢٧ حديث ١٩٣٨

(٢) المختلف: ٥٧٣

ولا يجوز العقد على المكاتبه إلا بأذن مولاه وإن كانت مطلقة فلو  
علق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل يبطل. وقيل يصح فتعند عدة  
الحره ولا ميراث، والأقرب ثبوته مع تعدد الورثة.

قد سبق في أول الباب أن ملك أبي الزوجين كان صاحبه يقتضي فسخ العقد،  
وإنما أعاده هنا ليبين أن ملك الزوج للرجعة لا يرفع أصل الحل، لأن النكاح وإن ارتفع  
إلا أنها مملوكة فتحل بملك اليمين بالحل موحوم  
والسبب مختلف بخلاف الرجعة إذ ملك الزوج، فإن كلاً منها حرام على  
الآخر، لأن الحل بملك اليمين من جانب الرجل لا من جانب المرأة قطعاً، فإن أرادت  
المرأة ورغبت في نكاحه اعتقته ثم جددت النكاح، أو باعته لغيرها ثم مكثته بادن  
المولى بعد مستأنف

قوله: (ولا يجوز العقد على المكاتبه إلا بأذن مولاه وإن كانت  
مطلقة).

سيأتي إن شاء الله تعالى أن المكاتبه لا تخرج عن ملك مولاه بمجرد الكتابة  
بل بأداء مال الكتابة في محله، فحينئذ تصير حرة لكنها بالكتابة تنقطع عنها سلطنة  
المولى في الاكتسابات المحصنة كالبيع والشراء، دون غيرها كالنكاح، فلا يصح منها  
بدون إذن المولى سواء كانت الكتابة مطلقه أو مشروطة، وسواء أدت بعض مال  
الكتابة وإن كان أكثره أو لم تؤد شيئاً لبقاء الرق ما بقي شيء منه.  
وكما لا تستقل هي بالعقد كذا لا يستقل به المولى.

هذا حكم نكاح الغير له، أما المولى فلا ينصور نكاحه إياها بحال؛ لامتناع  
اجتماع العقد والملك، ووطئها بملك اليمين ممتنع، لانقطاع سلطنته عنها بالكتابة.  
قوله: (ولو علق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل: تبطل، وقيل:  
يصح فتعند عدة الحر ولا ميراث، والأقرب ثبوته مع تعدد الورثة).

هنا بحثان:

الأول: اذا علق المولى عتق جاريته بموت زوجها، ففي صحة ذلك على أنه تدبير قولان للأصحاب:

أحدهما - واليه ذهب الشيخ<sup>(١)</sup>، وابن البراج<sup>(٢)</sup> - الصحة، ومال اليه المصنف في باب التدبير، وإن تردد هنا، لأن العتق يقبل التأخير وقد جاز تعليقه بموت المولى، فجاز تعليقه بموت غيره ممن له علاقة مثل الزوجية والخدمة، ولرواية محمد بن حكيم قال سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل زوّج مملوكته من رجل آخر قال لها اذا مات الزوج فهي حرة هي الزوج، فقال عليه السلام: «اذا مات الزوج فهي حرة تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ولا ميراث لها منه» لأنها إنما صارت حرة بموت الروح<sup>(٣)</sup>

والثاني: - واختاره ابن درس<sup>(٤)</sup> - العدم، لأن التدبير تعليق عتق المملوك بموت سيده دون غيره، لأنه بصرة الوصية، ولولا ذلك لم يصح، فإذا علق بموت غير السيد خرج عن مقتضاه، فوجب الحكم بفساده؛ لأن الأصل في العتق المعنى الفساد إلا ما أخرجه الدليل.

ولقائل أن يقول: إن هذا مما أخرجه الدليل؛ لأن هذه الرواية المعتصدة بعمل أكثر الأصحاب لا تقتصر عن أن تكون دليلاً

ويؤيدها صحيحة يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام<sup>(٥)</sup>، الدالة على

(١) لبيان ٤٩٩

(٢) التهذيب ٢: ٢٥٠

(٣) العقبه ٣: ٣٠٦ حديث ١٤٤٥، التهذيب ٧: ٢٤٤ حديث ١٤٠٧

(٤) لسرائر ٣١٧

(٥) التهذيب ٨: ٢٩٤ حديث ٩٦٥، الاستبصار ٤: ٢٢٤ حديث ١١١

بجواز تعليق العتق بموت من جعلت له خدمة المملوك، فإذا ثبت ذلك لم يخرج التدهير بهذا التعليق عن مقتضاه فلا يكون فاسداً، وفيه قوة.

الثاني: ينزع على القول بالصحة مسألتان أحدهما حكم العدة، والثانية حكم الميراث. أما العدة من وفاة زوجها فإنها عدة الحرة أربعة أشهر وعشرة أيام؛ لأن حريتها متحققة حين موت الزوج، فلم يتعلق بها حكم الاعتداد إلا وهي حرة، وللتصريح به في الرواية السابقة.

وإنما تحقق صحة هذا الفرع إذا قلنا إن الأمة تعتد من وفاة زوجها شهرين وخمسة أيام، ولو جازياً بها وبين الحرة في العدة كان ذلك ساقطاً. وأما الميراث فقد نفاه المصنف في أول كلامه، وهو الذي وردت به الرواية<sup>(١)</sup>، ثم قرّب ثبوته مع تعدد الورثة.

ووجه القرب ما سيأتي في الميراث إن شاء الله تعالى أن المملوك إذا اعتق على ميراث قبل القسمة شارك إن سارى في الدرجة واخص إن كان أولى، وهذا ثابت مع تعدد الورثة في محل الميراث، فإن العتق يحصل بالموت والقسمة إنما تكون بعده، ويحتمل المنع لا إطلاق عدم لارث في الرواية، وفيه نظر؛ لأنه لا دلالة فيه على كون ذلك مع تعدد الورثة.

ولو سلم فهذا الفرد خارج عن أصح، ولا يخفى أن قول المصنف: (وقيل: يصح فتعتد عدة الحرة ولا ميراث) يريد به نزع كل من الأمرين على القول بالصحة لمكان الفساد.

وقد عرفت امتناع كل منها على القول بالفساد.

(١) المعية ٣٠٢٣ حديث ١٤٤٥، التهذيب ٣٤٤٠٧ حديث ١٤٠٧

### ولو ملك المكاتب زوجة سيده ففي الانفساخ نظر.

فإن قيل: أحد الأمرين اللذين مرعها على لصحة عدم الارث، وهو ثابت مع القول بالفساد.

قلنا: المتفرع هو احتمال الارث وعدمه، وذلك منتف على القول بالفساد؛ لامتناع الارث مع الرق.

فإن قيل: اذكور في كلام المصنف يعني الارث لا الاحتمال قلنا: يحصل ذلك من قوله (والاقرب)، أو أن المتفرع مجموع الحاصل من عبارته وهو الارث مع التعدد وعدله مع عدمه.

قوله: (ولو ملك المكاتب زوجة سيده ففي الانفساخ نظر).  
أي: ففي انفساخ نكاح السيد نظراً ومسأله النظر من احتمال كونه مالكاً بالاستقلال، ومن احتمال كونه ملكاً في الجمعية للسيد فيما بعد ملكاً للمكاتب ظاهراً، فعلى الأول يبقى النكاح وعلى الثاني ينفسخ وجه الأول إن الكتابة تقتضي بقطاع سلطة السيد عن المكاتب، واستقلاله بالمعاوضات، وحوار معاملة السيد إياه وتضمينه له، ولولا استقلاله بالملك لأمسح ذلك، والملازمة ظاهرة.

لا يقال: يجوز أن يكون الملك لهما.

لأننا نقول: استحالة كون مجموع الشيء الواحد ملكاً لكل واحد من الشخصين دفعة أمر واضح، على أنه لو كان ملكاً للسيد لما استقر فيه بالتصرف بالاكتمال، ولا تمتع معاملة السيد إياه وتضمينه له.

ووجه الثاني: إن الكتابة لا تقتضي الحرية في الحال فيكون رقاً إلى زمان أداء مال الكتابة، إذ لا واسطة بينها، وبحيث فيكون ما يملكه ملكاً للمولى؛ لأنه إذا كان مالاً لرقبته مملوكيته لما يملكه بطريق أولى. ولما ع أن يصح الأولوية، وأن يمنع لزوم ملك السيد لما يملكه المكاتب حيث أنه باق على الرق؛ لثبوت انقطاع سلطنته عنه.

.....

بالص والاجماع، ومعها فلا مانع من استقلاله بالملك، ولحكم بجواز المعاملة بدل على  
ثبوته قطعاً، فحينئذٍ الأصح عدم نفاخ لنكاح.



مكتبة الفقه الإسلامي

## الباب الخامس : في توابع النكاح وفيه مقاصد:

الأول: العيب والتدليس ، وفيه فصول:

الأول: في أصناف العيوب، وينظمها قسبان:

الأول: المشتركة، وهي الجنون وهو اختلال العقل، ولا اعتبار  
بالسهو السريع زواله، ولا الاغماء المستند إلى غلبة المرة، بل المستقر الذي  
لا يزول فإنه كالجنون.

ولا فرق بين الجنون المطبق وغيره.

قوله: (وفيه فصول :

الأول: في أصناف العيوب، وينظمها قسبان.

الأول: المشتركة، وهي الجنون، وهو اختلال العقل. ولا اعتبار  
بالسهو السريع زواله، ولا لاغماء مستند إلى غلبة المرة، بل المستقر الذي  
لا يزول فإنه كالجنون، ولا فرق بين الجنون المطبق وغيره).

لا كلام في ثبوت فسخ اسكاح لكل من الرجل والمرأة بوجود شيء من  
العيوب التي سيأتي تعيينها، وهي ربعة في نرحل وسبعة في المرأة، وينضمها قسبان: ما  
يشترك فيه كل منهما، وما يختص بكل واحد بخصوصه.

الأول: المشترك، وهو واحد وهو الجنون، والمراد به اختلال العقل وفساده بأي  
وجه اتفق، فإن الجنون فتون، ولا اعتبار بعروض لسهو إذا كان زواله سريعاً. وكذا  
الاغماء العارض، كغلبه المرة من طلب مدته، أما إذا صار مستقراً بحيث لا يكون  
مستنداً إلى المرض فيزول ويبقى زوال عقله فيه حيث يوجب الخيار، ولا فرق في

ولكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه مع سبقه على العقد، وإن تجدد بعده سقط خيار الرجل دون المرأة، سواء حصل الوطء أولاً.

إيجاب الجنون بأقسامه الخيار بين أن يكون مطبقاً مستوعباً للزمان وغير مطبق فيكون أدواراً؛ لوجود الجنون على كل من التقديرين.

والأصل في كون الجنون عيباً يقتضي الخيار من الجانبين الأخبار المستفيضة عن أهل البيت عليهم السلام من أن لنكاح يرد بالجنون<sup>(١)</sup>، وإجماع الأصحاب وإطباق أكثر أهل الاسلام سوى أبي حنيفة<sup>(٢)</sup>، وهذا مورد الأول في قوله: (وهي الجنون) تسمح لأن الظهير للعيوب المشتركة والجنون أمر واحد فلا ينطابقان، وكأنه أراد أن كل عيب في نظر الشارع مشترك بين الرجل والمرأة منحصر في الجنون.

الثاني قوله: (فإنه كالجنون) أيضاً لا يحلو من سماح، فإن الإغناء إذا صار مستقراً يعد من أقسام الجنون فلا معنى لتشبيهه به.

الثالث: المرة بكسر الميم قال في الصحاح: هي إحدى الطبائع الأربع<sup>(٣)</sup>، وقال في المعهدة: هي أحد أمشاج البدن<sup>(٤)</sup>.

قوله: (ولكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه مع سبقه على العقد، وإن تجدد بعده سقط خيار الرجل دون المرأة، سواء حصل الوطء أم لا).

قد سبق كون الجنون من العيوب المشتركة في الحمله، والفرض هنا تنقيح

(١) النكاحي ٤٠٦: ٥ - ٤٠٨: ١ حديث ١٦ - ١٥ عليه ٢٧٣٣ باب ١٢٥: تنهيد ٤٢٢٧ باب ٢٨

(٢) لباب ٢٥: ٣

(٣) الصحاح ٨١٤: ٢ مرره

(٤) المعهدة ١٢٧: ١ مرره



ذلك، وجملة القول فيه إن جنون أحد الزوجين إما أن يكون موجوداً قبل العقد أو يكون قد تجدد بعده، فإما قبل الدخول أو بعده.

فإن كان موجوداً قبل العقد فلا كلام في ثبوت الخيار لكل منها، وعن ظاهر كلام ابن حمزة أن الجمون لا يثبت الخيار في الرجل والمرأة، إلا إذا كان بحيث لا يعقل معه أوقات الصلوات<sup>(١)</sup>، ووجهه غير ظاهر، مع أن أكثر الأصحاب على خلافه<sup>(٢)</sup>.

وإن تحدد بعد العقد ففي ثبوت الخيار به اختلف:

أحدها الثبوت إذا كان بحيث لا يعقل معه أوقات الصلوات، سواء الرجل والمرأة، اختاره الشيخ في المبسوط والخلاف<sup>(٣)</sup>، وابن البراج في المذهب<sup>(٤)</sup>.

والثاني الثبوت في الرجل خاصة إذا كان لا يعقل معه أوقات الصلوات، أما امرأة فإنه لا حصار بتحدد جمونها، اختاره ابن إدريس<sup>(٥)</sup>.

والثالث الثبوت في الرجل مطلقاً، سواء عقل مع جنونه أوقات الصلوات، أم لا دون المرأة فلا يثبت بتحدد جنونها حصار مطلقاً، اختاره لمصنف في المختلف<sup>(٦)</sup> وغيره<sup>(٧)</sup>، وهو الأصح.

لما على الثبوت في الرجل مطلقاً وجود مقتضي، وهو الجمون الثابت بالنص كونه عيباً، فلا يتقيد بعدم التعقل. ولأن لصرر اللارم على المرأة بالجمون موجود على التقديرين، وما رواه علي بن أبي حمزة قال: سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن امرأة

(١) الوسيلة ٣٦٧

(٢) منهم لسبح في المبسوط ٢٤٩، وابن إدريس في السرائر ٣٠٨ وابن البراج في المذهب ٢٢٢

(٣) المبسوط ٢٥٢، الخلاص ٢٦٧:٢ مساله ١٢٧ كتاب النكاح

(٤) المذهب ٢٣٥

(٥) السرائر ٣٠٨

(٦) المختلف ٥٥٤

(٧) التحرير ٢٨٢

يكون لها زوج قد أصيب في عقله من بعد ما تزوجها أو عرض له جنور، قال: «لها أن تنزع نفسها منه إذا شاءت»<sup>(١)</sup>، وترك الاستفصال دليل العموم.

ولنا على عدم الثبوت في المرأة وجوب التمسك بلزوم العقد، فإن استصحاب الحال حجة، ولن يثبت كون ذلك موجباً للخيار، وكثير الأصحاب على خلافه، والأصل في جانبهم، فوجب القول بعبه. ولأن الضرر اللازم بحدوث ذلك في الرجل مستف في المرأة، لأن للرجل طريقاً إلى التخلص منها بالطلاق، فلم يكن المقتضي للفسخ موجوداً.

فإن قيل: هذا مقوض بما إذا كان ذلك الحين قبل العقد.

قلنا قد خرج هذا بالنص والإجماع، فيبقى ما حدها على أصل اللزوم

ومحصل الخلاف هنا يرجع إلى شيئين

أحدهما اشتراط ثبوت الخيار في تحدد جنون الرجل باسترقاقه لأوقات الصلوات.

والثاني: ثبوت الخيار له بتجدد جنون المرأة.

احتج المخالف على الأول باشتهار هذا الحكم بين الأصحاب، والتصريح بكونه مروياً، وبأن الضرر لا يكاد يتحقق بدونه، فإنه قد كان يعقل أوقات الصلوات فهو كغيره من العقلاء، وضعف ذلك ظاهر.

وعلى الثاني بعموم قول الصادق عليه السلام في صحيفة الحلبي، «إنها يرد النكاح من البرص والجنون والخدم والعمل»<sup>(٢)</sup>، وذلك شامل لما قبل العقد وبعده

والجواب مع الشمول بأن هذا ليس من الفاظ العموم، وثبوت الرد في الجملة

(١) إسناده ٣٣٨:٣ حديث ١٦٦٢٨، التهذيب ٤٢٨:٧ حديث ١٧٠٨

(٢) لتهذيب ٤٢٤:٧ حديث ١٦٩٩٣، الاستيعاب ٢٤٦:٣ حديث ٨٨٠

## الثاني: المختصة، أما الرجل فثلاثة: الحب، والخصاء، والعنة.

نقول بموجبه في غير المتجدد، وأما المتجدد فلا دليل عليه، إذا تقرر ذلك فهنا أمور:  
الأول: مقتضى قول المصنف: (مع سبقه على العقد) اشتراط تقدم وجوده على صدور العقد، فالحاصل في زمان العقد لا يفسح به، وفيه نظر؛ لأن كلاً منها يشهد به الفسخ، وإنما النزاع في المتجدد بعد العقد ويمكن دفع لا يراد بأن السابق على العقد صادق على الحادث قبل آخره، بأن يسير، لأن العقد إنما يصدق على مجموع الايجاب والقبول، وما دام لا يحصل الحرء، لا خير لم يتحقق العقد وفي قول المصنف: (سقط خيار الرجل) تسامح فإنه لم يشهد به فقط.

الثاني: الظاهر أن المتحدّد بعد الدخول كالمتحدّد قبله للاشتراك في المقتضى، ولشمول لفظ الرواية له وبه صرح في المحلف<sup>(١)</sup>، وحكاها عن ابن الحنيد، وإطلاق كلام الشيخ في النهاية<sup>(٢)</sup> يشملها.

الثالث: لا يحتاج المرأة في فسخ النكاح بتعدد حوّن الرجل الى طلاق كساتر العيوب، ولولا ذلك لم يكن سبباً مستقلاً في ثبوت الفسخ.

وقال الشيخ في النهاية: إنها إذا اخارت مرقه كان على وليه أن يطلقها<sup>(٣)</sup>، وتابعه على ذلك جمع من الأصحاب<sup>(٤)</sup>، ومعه المصنف<sup>(٥)</sup>، وابن ادريس<sup>(٦)</sup>، وغيرها<sup>(٧)</sup>.  
قوله: (الثاني: المختصة، أما الرجل فثلاثة: الحب، والخصاء، والعنة.

(١) المختلف: ٥٥٤.

(٢) النهاية: ٤٨٦.

(٣) النهاية: ٤٨٦.

(٤) مهم ابن البرج في المذهب ٢ ٢٣٥.

(٥) المختلف: ٥٥٤.

(٦) السرائر ٨-٣.

(٧) المحقق في الشرائع ٢ ٣٢٠.

أما الجب فشرطه الاستيعاب، فلو بقي معه ما يمكن الوطء ولو قدر الحشفة فلا خيار.

ولو استوعبت ثبت الخيار مع سبقه على العقد أو على الوطء، وفي الفسخ بالمتجدد اشكال، فإن اثبتناه وصدر منها فالأقرب عدم الفسخ.

أما الجب فشرطه الاستيعاب، فلو بقي معه ما يمكن الوطء ولو قدر الحشفة فلا خيار، ولو استوعبت ثبت الخيار مع سبقه على العقد أو على الوطء، وفي الفسخ بالمتجدد اشكال، فإن اثبتناه وصدر منها فالأقرب عدم الفسخ).  
القسم الثاني من القسم ما يختص كل واحد من الرجل والمرأة، فأما الذي يختص بالرجل فثلاثة: الجب، والخصاء مكسوراً أولاً محدوداً، والعنة.

أما الجب فإنما ينبت به الخيار إذا كان مستوعباً للذكر، ويحقق استيعابه إذا لم يبق منه قدر الحشفة، فإن بقي قدرها فلا خيار لا مكان الوطء حينئذ، ولا شبهة في ثبوت الفسخ بهذا العيب إذا كان سابقاً على العقد؛ للنص والاجماع، ولأنه أشد من العنة وستأتي الأخبار الدالة على الخيار بها.

وإن حدث بعد العقد فقد صرح الشيخ في المبسوط بثبوت الخيار به<sup>(١)</sup>، وإطلاق كلامه يقتضي عدم الفرق بين الحدوث قبل الوطء وبعده، وصرح في موضع آخر منه بعدم<sup>(٢)</sup>، واختاره في الخلاف<sup>(٣)</sup>، وهو اختيار ابن ادريس<sup>(٤)</sup>، والمصنف في التحرير<sup>(٥)</sup>، وذهب هنا إلى ثبوت الخيار لو تجدد قبل الدخول، وتوقف في المتجدد بعده، وهو ظاهر اختياره في

(١) المبسوط ٤: ٢٥٠

(٢) المبسوط ٤: ٢٥٢

(٣) الخلاف ٢: ٢٢٧ مسألة ١٢٧ كتاب النكاح

(٤) السرائر ٩: ٣٠٩

(٥) التحرير ٢: ٢٨٠

المختلف<sup>(١)</sup>.

فيحصل في مسألة ثلاثة أقوال، يفرق في الثالث بين الدخول وعدمه.  
احتج الشيع في المبسوط على الأول بعموم الأخبار والاجماع، وتنقيحه أن  
النصوص الدالة على الخيار بالحب مطبقة فيشمل الحادث مطلقاً هذا محصل استدلاله،  
ولعله يريد بالأخبار مثل ما رواه أبو الصباح الكتاني، قال: سألت أبا عبد الله عليه  
السلام عن المرأة اهتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً أتعارفه؟ قال: «نعم إن  
شاءت»<sup>(٢)</sup>.

وترك الاستعصال دليل العموم، وهو غير صريح في المدعى.  
وعلى الثاني التمسك بالروم العقيد بالاستصحاب، وثبوت الخيار يحتاج إلى دليل  
وهو متنفذ، وفيه نظر ظاهر.

وأما الثالث فالجدة على الثبوت بالتحديد قبل الدخول، مع ما تقدم أن العنة  
يثبت بها الفسخ مع تجديد قبل الدخول فهي الجب أولى؛ لأن العنة يمكن زوالها  
بخلاف الحب، فإن اليأس من رواله ثبت فحصول الوطء معه ممتنع، فكان ادخل في  
سببته الفسخ.

ومشأ الاشكال في المتحدد بعد الدخول الالتفات إلى عموم الأخبار، ومشاركة  
ما بعد الدخول لما قبله في المقتضي لفسخ، وهو لزوم الضرر العظيم باليأس من  
الاستمتاع على مر الزمان، وإلى أن يُنكح عقد لازم

ولم يثبت شرعاً ما يدل على ثبوت الخيار هنا، والإلحاق بالعنة إذ هو ههنا قبل  
الدخول، إذ لا خيار لها بعده على ما سيأتي، ولزوم لضررها منقوض بلزومه في كل  
ضرر يمتنع الوطء، كما ينش من برئه، ومعارض بضرر الرجل بثبوت الخيار والضرر

١، المختلف: ٥٥٤

(٢) التهذيب ٧ ٤٣٦ حديث ١٧١٧ الاستبصار ٢٤٩٣ حديث ٨٩٢

## لا يزال بالضرر.

وقد برّح هذا لوجه بها رواه عياث الضبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في لعين: «إذا علم أنه عين لا يأتي النساء فرّق بينهما، وإذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما والرجل لا يرد من عيب»<sup>(١)</sup> فإن عموم عدم رد الرجل بالعيب يتناول محل النزاع، ولا يخرج منه إلا ما أخرجه دليل.

وبما رواه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (عليه السلام): «إن علماً عليه السلام كان يقول: إذا تزوج الرجل المرأة فوقع عليها مرة ثم اعرض عنها فليس لها الخيار لتصر فقد ابتليت، وليس للأمهات الأولاد ولا لإماء ما لم يمسها من الدهر مرة واحدة حبار»<sup>(٢)</sup>.

ولا يخفى أن قوله عليه السلام «ثم اعرض عنها» مشعر بأن ترك الوطء كان باحصاره لا لما عرّض، فلا دلالة فيه على محل المراع لكن قوله: «لتصير فقد ابتليت» مشعر بعروض المانع، إذ لا موقع للأمر بالصبر وذكر الابتلاء على ذلك التقدير.

وبما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أتى امرأة مرة واحدة فلا خيار لها»<sup>(٣)</sup>.

فهذه الأخبار مخصصة لعموم دلائل لمسح فكيف كان، فالقول بعدم الفسخ لا يخلو من وجه.

(١) بكري ٤١٠٥ حديث ٤، نقيه ٣٥٧٣ حديث ٧ ١٧، تهذيب ٧ ٤٣ حديث ١٧١٤، الاستبصار ٣: ٢٥٠-٢٥١ حديث ٨٩٦.

(٢) لتهذيب ٧ ٤٣٠ حديث ١٧١٥، الاستبصار ٣: ٢٥٠-٢٥١ حديث ٨٩٧.

(٣) بكري ٤١٢٥ حديث ١٠، نقيه ٣٥٨٣ حديث ٩ ١٧، تهذيب ٧ ٤٣ حديث ١٧١٦، الاستبصار ٣: ٢٥٠-٢٥١ حديث ٨٩٥.

وأما الخضاء: فهو سلّ الانثيين، وفي معناه الوجاء، وتفسخ به المرأة مع سبقه على العقد، وفي المتجدد بعده قول.

ويتصرع على القول بثبوت الفسخ هنا ما لو صدر جب الزوج من الزوجة بعد العقد أو بعد الدخول، وإن كانت عبارة الكتاب لا تدل على الأول، فإن في ثبوت الفسخ لها وجهين اقربها عند المصنف عدمه.

وجه القرب: إن فعلها ذلك يتضمن رضاها به، والرضى بالعيب مانع من ثبوت الخيار، ولأن الضرر اللازم عليها بذلك سقط باعتباره؛ لأنها السبب فيه، ولأن اتلافها ما به منفعة الوطء جار مجرى اتلاف لمشتري المبيع فإنه يعد قبضاً. والثاني الثبوت؛ لوجود المقتضي للفسخ وانتفاء المانع، إذ ليس إلا صدوره منها وهو غير صالح للمابعه، فإن المانع من الخيار هو الرضى بالكباح من العيب لا الرضا بالعيب وهو منتف هنا.

ولمانع أن يمنع كون هذا الاتلاف جارياً مجرى اتلاف المشتري للمبيع، وإياها هو جار مجرى اتلاف العين لمستأجرة في الاجارة، فما قرّبه المصنف غير ظاهر، وينبغي أن يعلم أن احتمال عدم خيارها هنا يبيح على تقدير صدور الفعل منها مع قصدتها إليه، فلو وقع خطأ أوجبت بعد عمدتها خطأ، كما لو كانت صغيرة أو مجنونة لم يتوجه هذا الاحتمال.

قوله: (وأما الخضاء فهو سلّ الانثيين، وفي معناه الوجاء، وتفسخ به المرأة مع سبقه على العقد، وفي المتجدد بعده قول).

قد عرفت أن من عيوب الرجل الخضاء، وهو سلّ الانثيين وكميته مشهورة. وفي معناه الوجاء بكسر أوله ولامه، وهو رض الخصبين بحيث تبطل موهبتها. وقد توجد في كلام بعض المحققين أن الخصي هو مسلول الانثيين أو

موجودها<sup>(١)</sup>.

والقول بكونه عيباً هو المشهور بين الاصحاب، وقد دلت عليه الأخبار، مثل موثقة بكير بن أعين عن أحدهما عليها السلام في حصي دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها، قال: «يفرق بينهما إن شاءت ويوجع رأسه»<sup>(٢)</sup> الحديث. وفي معناها صحيحة ابن مسكان<sup>(٣)</sup>، وغيره<sup>(٤)</sup>، ولأنه في معنى العنة من حيث هوات مقصود العقد به وهو التنازل.

وقيل: إنه ليس بعيب؛ لبقاء آلة الجماع وقدرته عليه، ويقال إنه اقدر عليه؛ لأنه لا يرل ولا يعتره فتور<sup>(٥)</sup> وهو مرفود بالنهي<sup>(٦)</sup>، وبأن جهة كونه عيباً غير متحصري ذلك، لأن قوات التنازل به جهة يقتضي كونه عيباً، وكذا لروم العارية.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن المخصص يوجب الخيار إذا تقرر العقد، فإن حدث بعده ففي حكمه الأقوال الثلاثة التي سبقت في الجب.

وكلام المحلف<sup>(٧)</sup>، وغيره دال على ثبوت الأقول الثلاثة، وإن كانت عبارة الكتاب وكلام الشارح<sup>(٨)</sup> حاليين من ذلك، والقول بالتفصيل قريب، ويمكن الاحتجاج له بما رواه ساعة عن أبي عبد الله عليه السلام، إن حصياً دلس نفسه لامرأة

(١) بحاله استبح الطوسي في المبسوط ٤: ٢٥٠. وابن البراج في التهذيب ٢: ٢٢٣.

(٢) الكافي ٤: ٤١٠. حديث ٢، لقمه ٢٦٨: ٣. حديث ١٢٧٤. التهذيب ٤: ٢٢٧. حديث ١٧٢٠.

(٣) التهذيب ٤: ٢٢٧. حديث ١٧٢٢.

(٤) الكافي ٥: ٤١١. حديث ٦. التهذيب ٤: ٢٢٧. حديث ١٧٢١.

(٥) في استبح في المبسوط ٤: ٢٦٣. وخلاف ٢: ٢٢٧. مسألة ١٢٥. كتاب الكاح.

(٦) الكافي ٥: ٤١٠. حديث ٣. لقمه ٢٦٨: ٣. حديث ١٢٧٤. التهذيب ٤: ٢٢٧. حديث ١٧٢٠.

(٧) المحلف ٥٥٤.

(٨) ايضاح الفوائد ١: ١٧٦٣.



وأما العنة: فهو مرض يعجز معه عن الإيلاج، ويضعف الذكر عن الانتشار، وهو سبب لتسلط المرأة على الفسخ بشرط عدم سبق الوطء، وعجزه عن وطنها ووطء غيرها، فلو وطأها ولو مرة واحدة، أو عن غيرها دون غيرها، أو عن قبلاً لا دبراً فلا خيار.

قال: «يهرق بينهما وتأخذ المرأة منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس بقسه»<sup>(١)</sup> والمراد بالتدليس، التدليس قبل الوطء، إذ هو الموجب للتنعير، ولا يضر ضعف السد؛ لاعصاده بفتوى جمع إلى كبره الأصحاب، وقرب منها رواية يكبر عن حدها عليها السلام<sup>(٢)</sup>، والمراد بالترويح المذكور فيها الدخول بقربه وجوب التعرير، أما التدليس بعد الدخول، فإن القول بلزوم الكساح أقوى لانتفاء المعارض، ويأتي مثل التريع السابق، والتوجيه واحد.

واعلم أيضاً أن قول المصنف، (وفي معناه الوحاء) يريد به أنها متقاربان في المعنى، فيكون اشتراكهما في الحكم لاشتراكهما في المعنى. وعلى ما ذكره بعضهم من أن المحصي هو مسلولها أو موزوها<sup>(٣)</sup> فالأمر ظاهر قوله: (وأما العنة فهو مرض يعجز معه عن الإيلاج، ويضعف عن الانتشار، وهو سبب لتسلط المرأة على الفسخ، بشرط عدم سبق الوطء وعجزه عن وطنها ووطء غيرها، فلو وطأها ولو مرة واحدة، أو عن غيرها دون غيرها، أو عن قبلاً لا دبراً فلا خيار).

(١) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٦، التهذيب ٤: ٤٢٢٧ حديث ١٧٢٦

(٢) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٣، لعمري ٣: ٢٦٨٣ حديث ١٢٧٤، التهذيب ٤: ٤٢٢٧ حديث ١٧٢٠

(٣) قاله الشيخ الطوسي في بسوط ٤: ٢٥٠ من إرجاع في التهذيب ٤: ٢٢٣

العنين كسكن من لا يأتي لساء عجزاً ولا يريدن، وعن عن امرأته وعن وأعر بضمهم حكم العاصي عليه بذلك، أو مع عنها بالسحر، والاسم العنة بالضم ذكره في القاموس<sup>(١)</sup>.

ومقصود البحث أن العنة من حمه عيوب الرجل الذي تسلط المرأة على فسخ نكاحه بالنقض المستفيض، والاحماع من عليها الاسلام إلا بها حقيقة<sup>(٢)</sup> وحقيقة العنة أنها مرض يعجز الرجل معه عن الإيلاح، لأن الذكر يصعب عن الإلتشار

قال المصنف في المحرر: العن مرض يصعب معه القوة عن شر العن بحيث يعجز عنه عن الإيلاح، وهو من عن أي اعرض وأعرض الاعراض؛ لأن الذكر يعرض إذا أراد الإيلاح<sup>(٣)</sup>، هذا كلامه.

وقال قوم: به مشتق من العن وهو الاعراض، لأن الذكر يعرض إذا أراد إيلاحه<sup>(٤)</sup>، وقيل إنه يعز بقل المرأة عن بيمينه وشبهه فلا يقصده<sup>(٥)</sup>، وقيل غير ذلك. فمتى تعقب العنة تسلطت المرأة على الفسخ بشرط أن لا يسبق على عروض العنة وطؤه إياها في هذا النكاح، فإن سبق ذلك لم يكن لها فسخ، لما سبق في رواية غياث الصبي «وإذا وقع عليها وقعة واحدة لم يعرف بيمينها»<sup>(٦)</sup>، ولا عبرة في وقوعه عليها في نكاح القبل؛ لاستقلال كل منها بحكمه بمجرد به عن الآخر، وكذا يشترط في تحقق سبب الفسخ عجزه عن وطنها ووطء غيرها، فلو عجز عن وطنها وقدر على وطء

(١) لقاموس المحيط ٢٤٩٤ «عن».

(٢) نظر بدائع الصانع ٣٢٢٢

(٣) اسحرير ٢٨:٢

(٤) مصباح ٢١٦٦، ٦ مجمع البحرين ٢٨٣٦ «عن».

(٥) مجمع البحرين ٢٨٣٦، ٦ «عن».

(٦) الكافي ٥: ٤٩٠، ٥ حديث ٤، تهذيب ٧: ٤٣٠، ٧ حديث ١٧١٤، الاستبصار ٣: ٢٥٠، ٣ حديث ٨٩٦

ويثبت الخيار لو سبق العقد أو تجدد بعده، بشرط عدم الوطء لها  
ولغيرها.

غيرها فليس يعني: لامتناع تحقق العنة بدون لعن مطلقاً، وكذا لو عجز عن وطئها  
قبلاً وامكنه الوطء دبراً فلا خيار لها أصلاً.

قوله: (ويثبت الخيار لو سبق العقد أو تجدد بعده بشرط عدم الوطء  
لها ولغيرها).

هذا تنقيح لما سبق، ومحصده أنه حيث علم أن العنة مرض يوجب الخيار فلا بد  
أن يعلم أن محل ثبوت الخيار به لهاذا.

وتحقيقه إنه إذ كان ذلك ثابتاً في وقت العقد ثبت لها الخيار قطعاً، وإن تجدد بعده  
قبل الوطء فاللائع من عبارة الشيخ في المبسوط عدم ثبوت الخيار به، فإنه قال:  
العيب الحادث بالزوج بعد العقد وكل لعبوب يحدث به إلا العنة، فإنه لا يكون محلاً  
ثم يصير عتينا في نكاح واحد بعد ما لا يرد الرجل من عيب يحدث به إلا المحن الذي  
لا يعقل معه أوقات الصلوات<sup>(١)</sup>.

واكثر الأصحاب على أنه يثبت به الخيار، وهو المذهب، والمحنة تناول النصوص  
بإياه مثل رواية محمد بن مسلمة عن أبي حمزة عليه السلام قال: «العن ينقض به  
سنة، ثم إن شاءت امرأته تروحت ور شاءت افامت»<sup>(٢)</sup>، وغيرها من الروايات<sup>(٣)</sup>.  
وإن تجدد بعد الوطء ففضية كلام مصنف أنه لا خيار لها، وللأصحاب في ذلك قولان.  
أحدهما: عدم الفسخ، وهو محذر الشيخ<sup>(٤)</sup>، وأكثر الأصحاب<sup>(٥)</sup>، استناداً إلى

(١) المبسوط ٢٥٢:٤

(٢) التهذيب ٤٣٦:٧ حديث ١٧٦٦، الاستبصار ٢٤٩:٣ حديث ٨٩٦

(٣) التهذيب ٤٣٦:٧ حديث ١٧٦٨، الاستبصار ٢٤٩:٣ حديث ٨٩٢

(٤) المبسوط ٢٦٤:٤ نهاية ٤٨٢

(٥) مهمم بن الحسين في المختلف ٥٥٤ وابن إدريس في السرر ٣٠٩، وابن حمزة في الوسيلة ٣٦٦

رواية غياث الصبي ورواية اسحاق بن عمر السافيتين، وأن الشكاح قد ثبت ولزم، والخيار على خلاف الأصل.

والثاني، - واحتماره المفيد - أن له الصبح، للاشتراك في الضرر الحاصل باليأس من الوطء.

ورواه محمد بن مسلم عن أبي حمزة عليه السلام قال: «العين يترخص سنة، ثم إن شاءت امرأته تزوجت وإن شاءت اقامت»<sup>(١)</sup>.

ورواية أبي الصباح الكتاني أنه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً، فعرفه؟ قال: «نعم إن شاءت»<sup>(٢)</sup>.

ورواية أبي ليلى عن حمزة عن أبيه عليه السلام «إن علماً عليه السلام كان يقول يؤخر العين سنة من يوم تراقبه امرأته، فإن حلص إليها وإلا فرفق بينهما فإن رصيت ن تقيم معه ثم طليب الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها»<sup>(٣)</sup>.

والمصنف في المختلف ذكر ما يصحى ترجيح قول الشيخ، ثم قال إن قول المهرى لا يخلو من قوة إلا أنه، إلى أن قال فصح في ذلك من المتوقفين والأصح قول الشيخ<sup>(٤)</sup>.

واعلم أن قول المصنف (بشرط عدم بوطء) يحتمل أن يريد به أن نبوت الخيار بالعنة قبل العقد وبعده مشروط بذلك، فيكون التقدير وبنت الخيار بالعنة قبل العقد

(١) المصنف: ٨١

(٢) انتهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٦، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩١

٣١، انتهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٧، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٢

(٤) انتهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٩، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٤

ولو بان خشي، فإن أمكن لوطء فلا خيار على رأي، وإلا ثبت،

وبعد بشرط أن لا يظأها ولا يظأ غيرها.

ومحتمل أن يريد أن ثبوت الخيار بالمتحدد بعد العقد مشروط بذلك، والتقدير، يثبت الخيار بالمتحدد بعد العقد بشرط أن لا يكون قد وظأها ولا غيرها، وعلى هذا فاشتراط عدم وظئها واضح، لأن ائنة المتحددة بعد الدحول لا توجب الخيار عند الأكثر.

لكن اشترط عدم وطء غيرها هنا غير طاهر، فإن عموم النصوص بثبوت الخيار يتناول هذا الفرد، اعني تحدد ائنة بعد العقد وقد وظأ غيرها خاصة، وليس ثم ما يقتضي اخراجه، فالقول به لا يساعد عليه دليل، ولعل المصنف لا يريد إلا المعنى الأول

قوله: (ولو بان خشي، فإن مكن الوطء فلا خيار على رأي، وإلا ثبت).

أي: لو بان الزوج خشي، لأنه المحدث عنه، وفي التحرير قال إنه لو بان الروح أو الروححة خشي<sup>(١)</sup> وهو أولى، لأن كلاهما يتصور فيه ظهور ذلك. واعلم أن ظهور كونه خشي يقع على حالات ثلاث، احداها: أن يكون مشكلاً.

الثاني: أن يحكم له بالدكورة أو لأنوثه بعلامة مظونة كسبق البول من أحد الفرجين.

الثالث أن يحكم بذلك بعلامة مقطوع بها كالولادة

أما الحالة الأولى فإن فرصها مشكل، لأن الكاح لا ينعقد بين الرجل والخشي، لا ممكان كونه رجلاً ولا بينه وبين الاشئ لا ممكان كونه امرأة، لأن صحة النكاح

مشروطة بوقوع العقد بين ذكر واشئ، وعدم تحقق الشرط يقتضي عدم تحقق المشروط، ولو لم يتبين كونه خثى مشكلاً إلا بعد لعقد حكمنا بكون الكاح غير معلوم الثبوت.

ولا يضر توهم ثبوته حين وقوعه للجهل بالحال ولا ريب أن المحكم بثبوت الخيار وعدمه فرع صحته، نعم للشبح قول في الميراث بأن الخثى المشكل لو كان زوجاً أو زوجة أعطي نصف التصيبين<sup>(١)</sup>، ومقتضى هذا صحة نكاحه، فيجوز على قوله احتمال ثبوت الخيار وعدمه، والعدم قوي؛ لانتفاء المقتضي، ولا شبهة في ضعف ما ذهب إليه الشبح وأما الحالة الثانية والثالثة فإن نكاحه يصح حينئذ فإذا لم يعلم حاله حين العقد ثم بين بعده فهي ثبوت الخيار مولان للشبح في المبسوط.

أحدهما: الثبوت، لحصول نفرة الطبع بذلك، ولأنه مما يعير به في العادة، ويحصل بذلك ضرر عظيم، وإذا لم يستند في وصوحه إلا إلى العلامة لمظنونة كالصرر النفره والعار اشد.

والثاني: العدم، استصحاباً للرؤم، وثبوت الخيار على خلاف الأصل، فيتوقف على الدليل، وهو منتف، وثبوته بمجرد النفرة والعار في موضع المنع مع بعده، فإن زيادة ذلك العضو بمنزلة زيادة سلعة ونقيه وهما لا يوجبان الخيار قطعاً<sup>(٢)</sup>، وهذا أصح. واعلم أن قول المصنف: (فإن أمكن الوطء) تقييد للحكم في المسألة، فإنه مع عدم إمكان الوطء بشلل العضو أو لشدة صعره في صل حلفته بحيث لا يساوي قدر المشقة من مستوى الخلفة يجب الحكم بثبوت الخيار لا بحالة لكن هذا الخيار ليس منشؤه كونه خثى، بل للأمر لرائد على ذلك وهو العدم

(١) لمبسط ٤: ١١٤.

(٢) لمبسط ٤: ٢٦٦.

ولا يرد الرجل بعيب سوى ذلك.

وأما: المرأة فالمختص بها سبعة: الجذام، والبرص، والقرن، والافضاء، والعمى، والعرج، والرتق.

أوما جرى محراها، والبحث بما هو في خصوص كونه حشاً فالمناسب ترك هذا القيد لأن حكمه معلوم مما سبق.

قوله: (ولا يرد الرجل بعيب شئ من ذلك).

لأن هذه العيوب هي التي ورد بها التنصيص وصرح بها أجلة الأصحاب، وأما ما عداها فلا دليل على ثبوت الخيارات، ولا يحال عليها إلا نادر من الأصحاب.

فإن اللائح من كلام ابن البراق في المهدب اشتراك الرجل والمرأة في كون كل من الجنون والجذام والعقل والبرص والعمى توجهاً للنكاح في الكاح<sup>(١)</sup>، وكذا ابن الحبيد<sup>(٢)</sup>.

والمنصب خلافه، نمسكاً بظاهر قوله عليه السلام. «والرجل لا يرد من عيب»<sup>(٣)</sup> فإنه حجة فيها لم يحرجه دليل، ولا دليل على كون المذكورة عيباً في الرجل. وقول الصادق عليه السلام في صحيفة الحلبي «إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل»<sup>(٤)</sup> ولا دلالة فيه على حكم الرجل، فإن عمومته معارض بعمومه، والرجل لا يرد من عيب وأعلم أن العقم ليس عيباً فلا ترد واحد من الرجل والمرأة به إجماعاً.

قوله: (وأما المرأة فالمختص بها سبعة: الجذام، والبرص، والقرن، والافضاء، والعمى، والعرج، والرتق).

(١) المهدب ٢ ٢٣٦

(٢) نقله عنه العلامة في المستند: ٥٥٢

(٣) الكافي ٥ ٤١٠ حديث ٤، الفقيه ٣ ٣٥٧٣ حديث ١٧٠٧، التهذيب ٧ ١٣٠٧ حديث ١٧١٤

(٤) التهذيب ٧ ١٢٤٧ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٢ ٢٤٦٢ حديث ٨٨٠

أما الخدم: فهو مرض يظهر معه تنثر اللحم ويبس الأعضاء، ولا بد وأن يكون بيّناً، فلو قوى الاحتراق، أو تعجر الوجه، أو استدارت العين ولم يعلم كونه منه لم يوجب فسخاً.

هذا الاختصاص حار على المختار في المذهب، وقد قيل إنها ترد بعير ذلك<sup>(١)</sup>، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (وأما الخدام فهو مرض يظهر معه تنثر اللحم ويبس لأعضاء، فلا بد أن يكون بيّناً، فلو قوى الاحتراق أو تعجر الوجه أو استدارت العين ولم يعلم كونه منه لم يوجب فسخاً).

الخدام علة صممه محمر معها العصور ثم يمسح ويمنع وتناثر هود باقه. وكر ما يكون ذلك في لوحه، ويتصور في كل عصور، فمتى ما ظهرت هذه العلة وثبتت بحيث لا يخفى على أحد فلا شك في ثبوت الخيار

ولو وجد علاماتها كقوة احتراق لعصو واسوداده وتعجر الوجه واستدارة العين على وجه لا يقطع بالعلة لم يثبت

ولو علم وجود العلة والحالة هذه إما بتصادمها، أو بشهادة طبيين عدلين ثبت لا محالة، وبدون ذلك فعلى المكر اليمين، لعموم قوله عليه السلام: «واليمين على من نكر»<sup>(٢)</sup>، ولو ردت والحالة هذه ثبتت باليمين المردودة كما ثبتت بالبينة والاقرار

ويتنبى أن يقرأ (تعجر) في قوله (أو تعجر الوجه) بالراء المهملة من العجر، فإنها تطلق على العيوب، ومنه قولهم: اطمعته على عجري ومحري، وقد يراد بها العقد والانتفاخ وجميعها متقاربة؛ لأن المراد بها ما يبدو في لوحه من آثار العلة تعود باقه منها.

(١) قاله المفيد في المقتبة ٨٦، وسار في الرسم ١٥٠

(٢) الكافي ٤١٥: ٧ حديث ١، الفقيه ٢٠٣ حديث ١، نهديب ٢٢٩: ٦ حديث ٥٥٣، سنن البيهقي ١٠: ٢٥٢



وأما البرص : فهو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم، ولا اعتبار بالبهق، ولا بالمشته به.

قوله: (وأما البرص . فهو لبياض لظاهر على صفحة لبدن لغلبة البلغم، ولا اعتبار بالبهق ولا بالمشته به).

البرص علة معروفة تعود بآلته منها، وهي بياض يظهر في البدن مشؤه غلبة البلغم، وهو غير البهق وقد فرق الأطباء بينهما بأن البرص يكون برافاً أبيضاً في الجلد واللحم، ويكون أشعر النابت فيه أبيض وحده انزل من حلة سائر ألبين، وإن عررت فيه الأبرة لم يخرج منه دم بل رطوبة بيضاء

والبهق بخلافه، وفي الأكثر يكون مسدير الشكل، والعلل فيه كما سبق في الحدا، فمتى وجد في المرأة ما يقطع بكونه برصاً ولا يحصى على أحد حاله ثبت المختار، ومتى وجد بياضاً وأمكن كونه برصاً وعمره لم يشب، لا يتصادفها وبشهادة طبيبين عدلين، لأن المصنعي لثبوت الفصح هو حصول لبرص، ومع احتمال غيره فالمصنعي منتف.

والنصوص الواردة بثبوت الخار بالحدا و لبرص كثيرة مثل صحيحة داود بن سرحان<sup>(١)</sup>، وصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام<sup>(٢)</sup>، وروايه محمد بن مسلم عن أبيان عن علي بن السلام<sup>(٣)</sup>، وإجماع لأصحاب وأطباء كثر علماء الاسلام على ذلك من لأمور المعلومة

(١) التهذيب ٤٢٤:٧ حديث ١٦٩٤، الاستبصار ٢٤٦:٣ حديث ٨٨٤

(٢) التهذيب ٤٢٤:٧ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٢٤٦:٣ حديث ٨٨٠

(٣) الفقيه ٢٧٢:٣ حديث ١٢٩٨، التهذيب ٤٢٤:٧ حديث ١٦٩٦

وأما القرن فقليل: إنه عظم ينبت في الرحم يمنع الوطء، وقيل: إنه لحم ينبت في الرحم يسمى العفل، فإن منع الوطء أوجب الفسخ، وإلا فلا.

قوله: (وأما القرن فقليل، إنه عظم ينبت في الرحم يسمى العفل، فإن منع الوطء أوجب الفسخ، وإلا فلا).

من عيوب المرأة القرن، وفي أكثر الأحبار العمل والرتق<sup>(١)</sup> ولم يذكر القرن، وفي رواية عبدالرحمن بن أبي عبيدة قال: ثبت في الرجل إذا تروج المرأة فوجدتها قرناء الحديث<sup>(٢)</sup>، فذكر القرن وفسره بالعفل.

وهكذا فعل ابن الأثير في نهاية قديم القرن بسكوني الراء شيء يكون في غرح المرأة كالسن يمنع من الوطء ويقال له: العفل<sup>(٣)</sup>، وقريب منه كلام صاحب الصحاح<sup>(٤)</sup>، إلا أنه قال في موضع آخر: العفل شيء يخرج من قبل النساء وحيا الماقة شبيه بالأداة التي للرجال وللمرأة عفلا<sup>(٥)</sup>، ومثل ذلك في القاموس<sup>(٦)</sup>.

وقال ابن دريد في المعهدة إن القرناء هي المرأة التي يخرج قرن من رحمها، قال: والاسم القرن ضبطها بحركة، وفي العمل قال: إنه غلظ في الرحم<sup>(٧)</sup>.

وقد اختلف كلام الفقهاء في تفسيره، ولدائر على الستهم فتح الراء، وعلى السنة أهل اللغة تسكينها

(١) التهذيب ١٢٥:٧ حديث ١٦٩٣ - ١٦٩٨

(٢) الكافي ٤:٥:٥ حديث ١٢، التهذيب ٤٢٧٧ حديث ١٧٠٢، الاستبصار ٢٤٨:٣ حديث ٨٨٨

(٣) نهاية ٥٤:٤ «قرن».

(٤) الصحاح ٦: ٢١٨٠ «قرن».

(٥) الصحاح ١٧٦٩:٥ «عفل».

(٦) القاموس المحيط ١٨:٤ «عفل».

(٧) المعهدة ٧٩٣:٢ «قرن» و ٩٢٧ «عفل».

قال الشيخ في المبسوط: إنه عظم في الفرج يمنع الوطء، ثم قال. وقال أهل  
الخبرة: العظم لا يكون في الفرج لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في  
الفرج، وهو الذي يسمى العفل يكون كالرتق سواء<sup>(١)</sup>.

ومثل ذلك قال المصنف في التحرير لكنه قال فيه: الرتق لحم ينبت في الفرج  
يمنع دخول الذكر، قال: والالفاظ لثلاثة مترادفة حينئذ<sup>(٢)</sup>.

وهذا الخلاف وإن كان دائراً بين الفقهاء إلا أن منشؤه اختلاف أهل اللغة؛  
لأن ذلك راجع إلى وضع اللفظ وذكر لفظها<sup>(٣)</sup> إياه لا من حيث خصوص الوضع لأن  
ذلك من وظيفة اللغوي وحق الفقيه أن يتسلمه منه، لأن عيوب النساء تزيد وتنقص  
باعتبار القولين، فإن كون عيوب المرأة سببه فقطعاً إنما يستمر على أحدها خاصة.

ولا يخفى أن الترادف الذي ذكره في التحرير<sup>(٤)</sup> بين الالفاظ الثلاثة يحصل  
باعتباره قول ثالث، فإن الرتق على ما يأتي في كلامه هنا معنى آخر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المصنف هنا وفي التحرير لم يصرح بترجيح واحد  
من القولين، وهو الأنسب لما بينا من أن ذلك ليس وظيفة الفقيه، نعم تعرضه إلى  
القولين مما لا يكاد يستغنى عنه؛ لما قلناه من اختلاف عدد العيوب باعتبارها.

وكيف قلنا فلا خلاف في كون كل من القرن والعفل عيباً، إلا أن كونه عيباً  
مشروط بمنع الوطء، فلو لم يمنع لم يكن له خيار، سواء كان لصغر آتته جداً أو لكون  
المانع قليلاً. أما إذا منع فظاهراً لقوات غرض الاستمتاع، وأما مع العدم فإنه كسلعة  
رائدة في غير المحل.

(١) المبسوط ٢٥٠٤

(٢) التحرير ٢٨٠٢

(٣) التحرير ٢٨٠٢

وأما الافضاء: فهو ذهاب الحاجز بين محرّح البول والحيض.  
وأما العمى فالأظهر من المذهب أنه موجب للخيار.  
ولا اعتبار بالعمى، والعمش، وقلة النظر لبياض وغيره، والعمى  
يوجب الفسخ وإن كانتا مفتوحتين.

فرع:

لو لم يستوعب المانع المحل، لكن مع الزوج الوطء، ما لكبر آت، أو لكون  
السليم من المحل ضيقاً جداً لا يقبل إلا الآلة الصلبة جداً، فطلاق النصوص وكلام  
العقهاء يقتضي كونه موجب للخيار.

قوله: (وأما الافضاء: فهو ذهاب الحاجز بين محرّح البول والحيض).  
لاخلاف في أن الافضاء عيب، وقد روى الشيخ عن أبي عبيدة عن أبي جعفر  
عليه السلام: في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعدما دخل بها، فقال فقال  
«إذ دلت العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفصاة وما كان بها من زمانة ظاهرة  
فإنها ترد على أهلها من غير طلاق»<sup>(١)</sup> الحديث.

وهو نص في الباب، وما ذكره المصنف في تفسير الافضاء هو أحد تفسيريه،  
وتفسيره الآخر أنه ذهاب الحاجز بين محرّح البول والعائط، وإنما اقتصر المصنف على  
هذا التفسير اكتفاء بما ذكره في موضع آخر وكونه عيباً، لا يختلف على كل منهما بل  
على التفسير الآخر أولى، لبعدها عن الانتصاع بها في الوطء حينئذ.

قوله: (وأما العمى فالأظهر من مذهب أنه موجب للخيار، ولا اعتبار  
بالعمى والعمش وقلة النظر لبياض وغيره، والعمى يوجب الفسخ وإن كانتا  
مفتوحتين).

الظاهر من مذهب الأصحاب أن العمى عيب في المرأة ترد به، نص عليه

الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup>، وأكثر الأصحاب كالمفيد<sup>(٢)</sup>، والمرتضى<sup>(٣)</sup>، وابن الجنيد<sup>(٤)</sup>، وابن البراج<sup>(٥)</sup>، وأبي الصلاح<sup>(٦)</sup>، وابن إدريس<sup>(٧)</sup>، وسنار<sup>(٨)</sup>، وابن حمزة<sup>(٩)</sup> وظاهر كلامه في المبسوط والخلاف أنه ليس بعيب، فإنه عدّ عيوب المرأة ستة ثم قال: ومن أصحابنا من ألحق به العمى وكونها محدودة في الزمان<sup>(١٠)</sup>، وربما يلوح ذلك من كلام الصدوق في المقنع حيث جعله رواية<sup>(١١)</sup>.

والمنذهب هو الأول، لصحيفة دود بن سرحان عن الصادق عليه السلام: في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمية أو برصاء أو عرجاء، قال: «ترد على وليها»<sup>(١٢)</sup> لحديث وفي معناه ما رواه ابن بابويه في العمية عن الباقر عليه السلام قال: «ترد العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء»<sup>(١٣)</sup> والمراد ردها في النكاح كما فهمه الأصحاب.

حجة لماع صحيفة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «إنها يرد النكاح

(١) النهاية ١٨٥

(٢) لمعه: ٨٠

(٣) الناصريات - الجوامع الفقهية - ٢٤٨

(٤) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٢

(٥) قاله في الكامل كما نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٢

(٦) الكافي في الفقه: ٢٩٥

(٧) الررائر: ٣٠٩

(٨) المراسم: ١٥٠

(٩) الوسيلة: ٣٦٧

(١٠) المبسوط ٤: ٢٤٩، الخلاف ٢: ٢٢٦ مسألة ١٢٤ كتاب النكاح

(١١) المقنع: ١٠٤

(١٢) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٤ الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨١

(١٣) الفقيه ٣: ٢٧٣ حديث ١٢٩٨

وأما العرج فإن بلغ لاقعاد ولاقرب تسلط الزوج على الفسخ به، وإلا فلا.

من البرص والجذام والخنثون والعقل<sup>(١)</sup> . وكلمة إنها للحصر والجواب: روايتنا اخص، والخاص مقسم، على أن لنا ترجيحاً من وجه آخر، وهو أن الدلالة من جانبنا منطوق اتفاقاً، ومن حاسب المانع محل اختلاف، والمتفق عليه أرحح لو وقع التعارض.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن العصى بجميع أفرعهم موجب للخيار؛ لأنه معلق به ودثر معه، فمتى صدق العصى ثبت الخيار سواء كانت مفتوحة أو لا. ولو كانت عوراء فلا خيار؛ للأصل، ولرواية الحلبي عن أبيه عداقه عليه السلام إنه قال في رجل يتزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبيها له قال «لا ترد»<sup>(٢)</sup> الحديث، وكذا العمش وقلة النظر لبياض وغيره، وكل ما حرى هذا المحرى بطريق أولى.

قوله: (وأما العرج فإن بلغ الاقعاد فالأقرب تسلط الزوج على الفسخ به، وإلا فلا).

ظاهر المذهب أن العرج أيضاً عيب ترد به المرأة، صرح بذلك الشيخ في النهاية<sup>(٣)</sup>، والمفيد<sup>(٤)</sup>، وأكثر الأصحاب<sup>(٥)</sup>. ولم يذكر كونه عيباً لشيخ في المبسوط والخلاف<sup>(٦)</sup>، وكذا بن البراج في

(١) تنهيد ٤٢٤:٢ حديث ١٦٩٢، الاستبصار ٢٤٦:٣ حديث ٨٨٠

(٢) الكافي ٤٠٦:٥ حديث ٦، تنهيد ٤٢٦:٧ حديث ١٧٠١، الاستبصار ٢٤٧:٣ حديث ٨٨٦

(٣) نهاية، ٤٨٥

(٤) حقه، ٨٠

(٥) مبهم ابن الجيد كفي المختلف ٥٥٣، وسلاوي مرسم ١٥٠، بر لصالح في الكافي في لقمه ٢٩٥

(٦) مبسوط ٢٤٩، الخلاص ٢٢٦:٢ مسألة ١٢٤ كتاب النكاح

المهذب<sup>(١)</sup>، وعد ابن ادريس عيوب المرأة سبعة سم قال: وألحق اصحابنا عيباً ثامناً وهو العرج البين ذهب إليه شيخنا في نهايته<sup>(٢)</sup> ولم يذهب اليه في مسائل خلافه<sup>(٣)</sup> وجعله ابن بابويه في المقنع رواية<sup>(٤)</sup>.

والمختار الأول للروایتين السابقتين.

وحجة المانع صحيحة الحلبي، والجواب ما تقدم.

بقي شيء وهو أن جمعاً من الأصحاب يطلقون كون العرج عيباً كالقيد في المقنعة<sup>(٥)</sup>، وكذا بعض الأخبار<sup>(٦)</sup>.

وقيده جماعة بما إذا كان بيناً، منهم ابن ادريس<sup>(٧)</sup>، والمصنف في التحرير<sup>(٨)</sup>، وفصل هنا فحكم بالصنع إذا بلغ الأبعاد لا يندونه وكذا المحقق ابن سعيد<sup>(٩)</sup>، ولظاهر أن المرد به وبالعرج لين واحد، وهو أن يكون فاحشاً جداً بحيث لا يستطيع معه التردد في العادة إلا بالمشقة الشديدة، فلا ترد بالعرج اليسير وهو الذي لا يكون كذلك.

وهذا هو المختار؛ لأن في صحيحة داود بن سرحان السابقة «وإن كان بها زمانة لا يراها الرجال أجزى شهادة النساء عليها»<sup>(١٠)</sup> فإن ظاهرها أن الرد موطئاً للزمانة،

(١) المهذب ٢/٢٣٦

(٢) النهاية ٤٨٥

(٣) الخلاف ٢/٢٢٦: ٢٢٤ مسأله ١٢٤ كتاب النكاح

(٤) المقنع ١٠٤، السرر ٣٠٩

(٥) المقنع ٨٠

(٦) الفقيه ٣/٢٧٣ حديث ١٢٩٨، التهذيب ٧/٤٢٤: ٤٢٦ حديث ١٦٩٦ لا بغير ٢/٢٤٦: ٢٤٦ حديث ٨٨٣

(٧) السرر ٣٠٩

(٨) التحرير ٢/٢٩

(٩) لشرائع ٢/٣٢٠

(١٠) التهذيب ٧/٤٢٤: ٤٢٦ حديث ١٦٩٤، لا بغير ٢/٢٤٦: ٢٤٦ حديث ٨٨٤

وأما الرتق، فهو أن يكون الفرج ملتحمًا ليس فيه مدخل للذكر، ويوجب الخيار مع منع الوطء ولم تمكن إزالته أو أمكن فامتنعت، وليس له إجبارها على إزالته.

فإن مفهوم الشرط معتبر عند جمع من المحققين وكذا رواه أبي عبيدة السابقة<sup>(١)</sup>، مع أن المطلق يجب حمله على المقيد، ولاقتصار في المحال للأصل على موضع اليقين اقرب إلى الاحتياط.

ويسمى ملاحظه عبارة الكتاب، فإن المصنف حيث قسم العرج إلى ما يبلغ الاعتماد والرمانة وإلى غيره، قرَّب التسلط على الفسح في الأول ونفاه عن الثاني، فقصى كلامه أن في السالغ حله الأبعاد وجهين أو قولين، وأنشعر ببعضهما عن غيره.

وقد عرفت أن في الأصحاب من أطلق كون العرج عيباً، وفيهم من يلوح من كلامه كونه ليس بعيب، ومنهم من فصل وقسم إلى قسمين أحدهما عيب وهو البالغ إلى حد الاعتماد دون الآخر، فلم يكن مورد الوجهين أو القولين هو القسم الأول، ولو أنه قال: وأما العرج فالأقرب أنه إن منع لاقعاد تسلط الروح به على الفسح وإلا فلا لكان أولى.

قوله: (وأما الرتق فهو أن يكون الفرج ملتحمًا ليس فيه مدخل للذكر، ويوجب الخيار مع منع الوطء، ولم يمكن إزالته، أو أمكن وامتنعت وليس له إجبارها على إزالته)

تفقيح هذا البحث بأمور

لأول قال في الصحاح لرتق بانتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء بينة الرتق



لا يستطاع جماعها؛ لارتفاق ذلك الموضع بها<sup>(١)</sup>، وقريب منه قوله في القاموس<sup>(٢)</sup>.  
 الثاني: فسر المصنف هنا ارتق بأنه التحام العرج، وهو لفهوم من كلام  
 صاحب الصحاح، وهو المناسب للمعنى المشتق منه، وقد حكينا قول المصنف في  
 التحرير: أن الرق لحم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر، وحكم بمراده القرن  
 والعقل<sup>(٣)</sup>، وكأنه أخذ مما حكاه الشيخ في المبسوط عن أهل الخبرة من تفسير  
 القرن إلى أن قال وهو الذي يسمى العقل يكون كالرق سواء<sup>(٤)</sup>، وهذا المعنى مشترك  
 للأول في مع مقصود النكاح وهو الاستمتاع، إلا أن الأول الصق بمادة رتق  
 الثالث: لا خلاف بين الأصحاب في أن الرق عيب يوجب الخيار، ويدل عليه  
 مع الإجماع هاتان فائدة النكاح **بما يجري مجرى عيب**، فبما سببها المنع في الإجارة  
 لعيب ونحوه، على أنه إن كان الرق مرادفاً للقرن كان ثبوت الخيار معه مورد  
 النص<sup>(٥)</sup>.

الرابع: لا شبهة في أن الخيار إما يثبت بالرتق إذا كان مانعاً من الوطء، صرح  
 بذلك المحققون<sup>(٦)</sup>، ووجهه بقاء مقصود النكاح مع عدم المنع، فلو ارتق المحل وبقي منه  
 ما يمكن معه الوطء فلا خيار وإن كان لصغر آتته، بخلاف العدم، وإما يتحتم ثبوت  
 الخيار إذا لم يمكن إزالة المانع عادة، أو يمكن بعق لموضع ولكنها امتنعت من الإزالة.  
 أما لو رصيت بها فلا خيار له بحال إجماعاً، ولأن الحكم إذا تعلق بعلة زال  
 بزوالها.

(١) الصحاح ١: ٦٤٨ «رتق».

(٢) القاموس المحيط ٢: ٢٢٥ «رتق».

(٣) التحرير ٢: ٢٨٠.

(٤) المبسوط ٤: ٢٥٠.

(٥) الكافي ٤: ٩٠٥ حديث ١٦، الفقيه ٣: ٢٧٣ حديث ١٢٩٦، تهذيب ٧: ٤٢٧ حديث ١٧٠٣.

(٦) مبسوط الشيخ في المبسوط ٤: ٢٥٠، وابن البرقي في التهذيب ٢: ٢٣٢.

ولا ترد المرأة بعيب سوى ذلك، وقيل: المحدودة في الزنا ترد، وقيل: بل يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر ولا فسخ.

ولو أراد الزوج الإزالة مع امتناعها لم يكن له إخبارها، لأن ذلك ليس حقاً له، ولما في الإقدام على المحرقة من تخمس لصبر والمشقة، كما أنها لو أرادت هي ذلك لم يكن له المنع؛ لأنه تداوٍ لا تعلق له به.

ولا يخفى أن رضاها بالإزالة وحده لا يكفي في سقوط الخيار، بل لابد من حصولها، ولو مكثت من الإزالة ولم يحصل على الفور عادة فالخيار بحاله، ثم ينه في العبارة بشيئين

الأول أنه عرف الرق يكون لفرح ملتجئاً على وجه ليس له مدخل للذكر، وعبارته الشيخ في المبسوط "حالية من هذا القيد، وهو الصواب؛ لأن الرق اعم من ذلك

فإن قيل: أراد به ما يكون عيباً في سكاك، والعيب هو هذا دون الأعم. قلنا: فقله بعد ذلك: (ويوجب الخبر مع مع لوطه) مسدرك. الثاني: قوله: (ولم يمكن إزالته أو أمكن وامتنعت) يجب أن يكون في خبر (مع) ليكون شرطاً ثانياً للخيار مضافاً إلى مع لوطه، لكن تركيبه غير حسن؛ لأن المعطوف جملة والمعطوف عليه مفرد، اللهم إلا أن تؤول الجملة بمفرد، وهو عدم إمكان الإزالة ونحو ذلك، وقوله: (أو أمكن) على حد قول الشاعر: ولا أرض أهقل أهقالها. قوله: (ولا ترد المرأة بعيب غير ذلك، وقيل: المحدودة في الزنا ترد، وقيل: بل يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر ولا فسخ).

لما انحصرت عيوب المرأة فيما ذكره المصنف بحكم الدليل ظهر وجه قوله: (ولا ترد المرأة بعيب غير ذلك) وقد وقع الخلاف في موضع:

منها ما اذا زنت المرأة قبل الدخول بها، فإن الصدوق ذهب الى انها ترد بذلك ولا صداق لها<sup>(١)</sup>؛ لقول علي عليه السلام في المرأة اذا زنت قبل أن يدخل بها: «يفرق بينهما ولا صداق لها»<sup>(٢)</sup>؛ لأن الحديث كن من قبلها، والطريق ضعيف والمذهب عدم الرد بذلك.

ومنها ما اذا ظهر كون المرأة ختنى، فإن قطب الدين الكيدري ذهب الى انه عيب، وقال الشيخ في المبسوط: فيه قولان<sup>(٣)</sup>، واطلاق العبارة يتناول ما اذا كان مشكلاً، وفيه نظر؛ لأن المشكل لا يصح بكاحل<sup>(٤)</sup> على كل تقدير وليس ذلك من جملة العيوب على المختار.

ومنها المحدودة في الرنا، وللأصحاب في حكمها ثلاثة أقوال.

الأول: أن ذلك عيب ترد به، ذهب اليه لمفيد<sup>(٥)</sup>، وسلا<sup>(٦)</sup>، وابن البراج<sup>(٧)</sup>، وأبو الصلاح<sup>(٨)</sup>، والكيدري، لأن ذلك من أمور العائشة التي يكرهها الزوج، ونفور النفس منه أقوى من نفورها من نحو العمى والرج، ولروم العار العظيم به يقتضي كون تحمله ضرراً عظيماً.

ولما روى عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت قد زنت قال: «إن شاء زوجها أخذ

(١) الفع ١٩.

(٢) الفقه ٢٦٣٢ حديث ١٢٥٢، التهذيب ٧ ٤٩٠ حديث ١٩٦٨.

(٣) المبسوط ٤: ٢٦٦.

(٤) القصة ٨٠.

(٥) المراسم ١٥٠.

(٦) التهذيب ٢: ٣٢٤.

(٧) الكافي في الفقه ٢٩٥.

الصداق بمن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها، وإن شاء تركها»<sup>(١)</sup> الحديث.  
الثاني: أنه ليس بعيب يوجب الرد بل للزوج الرجوع بالمهر على وليها العالم  
بعالمها، وليس له فراقها إلا بالطلاق، ذهب إلى ذلك الشيخ في النهاية<sup>(٢)</sup>، وابن الدريس<sup>(٣)</sup>،  
احتجاجاً بالرواية السالفة، فإن فيها قال وترد المرأة من العفل والبرص والجذام  
والجنون، فأما ما سوى ذلك فلا.

قال الشيخ في توجيهه: هذا لا ينافي ما قدمناه من أنه ليس له الرد بمجرد  
الفسق، فإنه قال: إذا علم أنها كانت قد رنت كان له الرجوع على وليها بالصداق،  
ولم يقل إن له ردها<sup>(٤)</sup>. ولا يمتنع أن يكون له استرجاع الصداق وإن لم يكن له رد  
العقد؛ لأن أحد الحكمين مفصل عن الآخر.

قال المصنف في المختلف في محاب مهر على الولي مع عدم كونه عيباً اشكال  
ينشأ: من أن التضمن إما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإن كان عيباً أوجب  
المسح وإلا لم يجب المهر<sup>(٥)</sup>.

أقول. الاشكال في موضعه، وهما نظر من وجه آخر، وهو أن محل المراءع هو  
المحدودة في الزنا، والرواية لا تدل عليه، نعم هي مناسبة لقول الشيخ في النهاية فإنه  
ساوى بين من تجدد علم الزوج برباها ومن علم كونها قد حدث في الزنا حيث لم يوجب  
الرد لواحد منهما، وأوجب الرجوع على الولي بالمهر<sup>(٦)</sup>، وفي دلالتها الاشكال السابق.

(١) تهذيب ٤٢٥:٧ حديث ١٦٩٨، الاستبصار ٢٤٥:٣ حديث ٨٧٩

(٢) نهاية: ٤٨٦

(٣) لسائر ٣٠٩

(٤) التهذيب ٤٢٥:٧ دليل الحديث ١٦٩٨

(٥) المختلف: ٥٥٣

(٦) نهاية: ٤٨٦

الثالث، انه ليس بعيب ولا رجوع بالمهر، ذهب الى ذلك المصنف<sup>(١)</sup>، وجمع من المتأخرين<sup>(٢)</sup>، وهو الأصح.

لما على الحكم الأول لمسك بأصاله لردم لكاح، ولصحيحة، لحلي عن الصادق عليه السلام قال: «إنما يرد سكاك من الرص والحذام والخون والعقل»<sup>(٣)</sup>، خرج ما احرجه لدليل فيبقى الباقي على حكم لعموم.

وهرواية رفاعه بن موسى عن الصادق عليه السلام قال سألته عن المحدودة هل ترد من الكاح، قال: «لا»<sup>(٤)</sup>.

وعلى الحكم الثاني أن المهر وجب بالعد، فإذا كان الكاح لازماً ولم يكن المذكور عيباً فالرجوع بالمهر خلاف مقتضى سكاك، فإن مقتضاه كون المهر على الزوج دون الولي.

ويمكن حمل الرواية على ما اد شرط الزوج كونها عقيمة فظهر الخلاف، فإنه يرجع بالصادق اذا فسخ بدليل قوله (وإن شاء تركها) أي بعير فسخ ولا رجوع.

وشئت زناها بشاهد عدل بالنسبة الى التسلط على الفسخ، وبلاهر مرة على الأقرب لا بالنسبة الى الحد وهو ظاهر.

تذنيب: ذهب ابن الجنيد الى أن الزنا يرد به الكاح في الرجل والمرأة قبل العقد وبعده<sup>(٥)</sup>، وقد عرفت ضعف التمسك وأن الأصح العدم.

(١) المختلف: ٥٥٣

(٢) انظر ايضاح لقوائد ١٧٩:٢، لتصبح الرابع ١٨٣:٣

(٣) التهذيب ٤٢٤:٧ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٢٤٦:٣ حديث ٨٨٠

(٤) الكافي ٤٠٧:٥ حديث ٩، التهذيب ٤٢٤:٧ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٢٤٥:٣ حديث ٨٧٨

(٥) نقله عنه العلامة في المختلصة: ٥٥٧

## الفصل الثاني: في أحكام العيوب:

خيار الفسخ على الفور، ولو سكت صاحبه عالماً مختاراً بطل خياره، وكذا خيار التدليس.

وليس الفسخ طلاقاً، فلا بعد في ثلاث، ولا يطرد معه تنصيف المهر، ولا يفتقر إلى الحاكم.

وفي العنة يفتقر إليه لا في الفسخ، بل في ضرب الأجل، وتستقل المرأة بعده عليه.

## قوله: (الفصل الثاني: في أحكام العيوب):

خيار الفسخ على الفور، ولو سكت صاحبه عالماً مختاراً بطل خياره، وكذا خيار التدليس. وليس الفسخ طلاقاً فلا بعد في الثلاث، فلا يطرد معه تنصيف المهر ولا يفتقر الفسخ إلى الحاكم، وفي عنة يفتقر إليه لا في الفسخ، بل في ضرب الأجل وتستقل المرأة بعده عليه).

هذا الخيار على الفور عيب، وكذا الخيار في التدليس على الفور، فهو آخر من إليه الفسخ عالماً مختاراً بطل على الفور خياره لهوات الفورية، سواء الرجل والمرأة. ولو جهل ثبوت الخيار فأصح القول بقاء الخيار، فيتخير حينئذٍ على الفور بخلاف ما لو علم الثبوت وجهل لفورية، فإن الخيار يبطل بالتأخير، لأنه يشعر بالرضى كما سبق في تجديد لعنق.

ولو منع من الاختيار، إما بالقصص على منه، أو هدد بهديداً يعد مثله إكراهاً بالخيار بحاله؛ لأن الإكراه عند بعض "ولا جماع" ثم إن هذا الفسخ لا يعد طلاقاً

قطماً، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق، فلا يعد في الثلاث، فلا تحرم إلا بطلقات ثلاث غيره.

ولا يطرد معه تنصيف المهر بحيث يكون متى حصل ثبت كما في الطلاق، وإنما عبر بقوله، (فلا يطرد) دون أن يقول، ولا ينتصف؛ لانتقاضه بالعنة حيثئذ فإنها مع لفسخها تستحق نصف المهر على ما سيأتي إن شاء الله تعالى وعلى ما عبر به فالمنع هو اطراحه، وذلك لا ينافي الثبوت في بعض الصور.

ولا يفتر هذا الفسخ إلى الحاكم؛ لأنه حق ثبت، فلا يتوقف استيفاءه على كونه بحضور الحاكم أو بآدنه كتأثير المحقوق، خلافاً لبعض العامة<sup>(١)</sup> وابن الجبجد<sup>(٢)</sup> من، وكلام الشيخ في موضع من المبسوط يشعر بترده<sup>(٣)</sup>.

وفي موضع آخر قبله جوز الاستقلال بالفسخ محتجاً بأن الأحبار في هذا الباب مطلقة<sup>(٤)</sup>.

واستثنوا من هذا الحكم العمة، فإن الفسخ بها يتوقف على الحكم اجماعاً، لا لأجل الفسخ بل لأنه لا بد من ضرب الأجل على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، ولا يكون ذلك إلا بحكم الحاكم اجماعاً كالخبر بالفسخ وبالسفه عند قوم فإذا ضرب الأجل ومضت المدة استقلت المرأة بالفسخ حيثئذ، وقول المصنف: (وتستقل المرأة بعده عليه) الضمير الأول فيه يعود إلى الأجل والثاني إلى الفسخ، وكأنه ضمن كلمة (تستقل) معنى (تسلط) فعداء بكلمة (على) أي وتستقل متسلطة بعد الأجل على الفسخ من غير توقف على الحاكم

(١) انظر المجموع ١٦ ٢٧٢، المعني لابن قدامة ٧ ٥٨٥

(٢) نقله عنه العلامة في مختلف ٥٥٧

(٣) المبسوط ٤ ٢٥٣

(٤) المبسوط ٤ ٢٤٩

ولا يفسخ الرجل بالمتجدد بالمرأة بعد الوطء.  
وفي المتخلل بينه وبين العقد اشكال أقرب به التمسك بمقتضى العقد.

قوله: (ولا يفسخ الرجل بالمتجدد بالمرأة بعد الوطء، وفي المتخلل بينه وبين العقد اشكال، أقرب به التمسك بمقتضى العقد).  
للعيوب الحاصل بالمرأة حالات ثلاث:

أحدها: أن يكون موجوداً قبل العقد، ولا شبهة في ثبوت الخيار به، فإنه لما كان حاصلًا في زمان العقد مع وقوعه على وجه اللزوم.

وثانيها: أن يتحدد بعد الوطء، وقد جرم المصنف بعدم الخيار به هنا وفي التحرير<sup>(١)</sup>، وإطلاق كلام الشيخ في المبسوط والخلاف بثبوت الخيار بالعيوب الحادث ولو لم يكن حال العقد محتجاً بمصنوع الأسفلر يتناول الحادث بعد الوطء وقوله بعد أن الفسخ بالعيوب الحادث بعد الدخول يوحي المسمى يؤكد ذلك<sup>(٢)</sup>

والأصح عدم الرد به، لتأكد النكاح بالدخول الحاري مجرى القبض في البيع، مع أنه قد سبق لزوم النكاح وثبوته، فتجدد الخيار يتوقف على الدليل.

وقد روى عبدالرحمن بن أبي عبيدة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المرأة ترد من أربعة أشياء: من العرس، والخدم، والجنون، والقرن وهو العقل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا»<sup>(٣)</sup>.

وجه الاستدلال بها أنها دالة على رد المرأة بالعيوب إلا أن يكون قد وقع عليها، وذلك عام في الوقوع بعد العيب وقبده، وقد دل الدليل على أن الوقوع قبل العلم بالعيوب لا يسقط الخيار، فيختص به هذا العموم ويبقى الباقي على حكمه.

(١) التحرير ٢٩:٢

(٢) المبسوط ٢٥٢:٤، الخلائق ٢٢٧:٢ مسألة ١٢٨ كتاب النكاح

(٣) الكافي ٤٠٩:٥ حديث ١٦، المعية ٢٧٣:٢ حديث ١٢٩٦ تهذيب ٤٢٧:٢ حديث ١٧٠٣، الاستبصار ٢٤٨:٣



وثالثها: أن يتجدد بعد العقد وقبل الوطء، وللأصحاب فيه قولان: أحدهما: الثبوت، ذهب إليه الشيع في المبسوط والخلاف<sup>(١)</sup>، تمسكاً بعموم الأخير الدالة على الرد بهذا العيب، فإنها شاملة للموجود قبل العقد والمتجدد بعده؛ لرواية عبدالرحمن بن أبي عبادقة السالفة وغيرها<sup>(٢)</sup>. والثاني: عدم، اختاره ابن إدريس<sup>(٣)</sup>، وكلام ابن حمزة يشعر به<sup>(٤)</sup>، وإليه ذهب المصنف في المختلف<sup>(٥)</sup>، وقواء هنا وفي التحرير<sup>(٦)</sup>، واختاره جماعة من المتأخرين<sup>(٧)</sup>، وهو الأصح.

لنا إن العقد قد وقع لازماً بهجيب التمسك بهقتضاء عملاً بالاستصحاب، وأمر التكاح مبني على كمال الاحتياط فلا تسلط على فسخه بكل سبب، مع أن أكثر الأصحاب مطبقون على انتفاء الخيار. وأما الأخبار فإن ظاهرها وإن اقتضى ثبوت الخيار إلا أنها غير صريحة في ذلك، مع أن صحيحة أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قد تضمنت لحكم يرد العقلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة والتي بها رمانة إذا دلست نفسها<sup>(٨)</sup>، وإنها يكون التدليس مع وجود العيب قبل العقد. ومفهوم ذلك يقتضي عدم ارد مع انتفاء التقدم، ومفهوم الشرط حجة عند

(١) المبسوط ٢٥٢، الخلاف ٢٢٧، مسألة ١٧٨ كتاب النكاح

(٢) الكافي ١٠٩٥ حديث ١٨، التهذيب ١٢٧٧ حديث ١٧٠٤، الاستبصار ٢٤٩٣ حديث ٨٩٠

(٣) السرر ٣٠٩

(٤) الوسيلة، ٣٦٧

(٥) المختلف ٥٥٤

(٦) التحرير ٢٩٢

(٧) منهم معر الحققين في الإيضاح ١٧٩٢، والمفاصل المتعاقبة في النسخ ١٨٥٣

(٨) الكافي ٤٠٨٥ حديث ١٤، التهذيب ٤٢٥٧ حديث ١٦٩٩، الاستبصار ٢٤٧٣ حديث ٨٨٥

ولا يمنع الوطء من الفسخ بالسابق على العقد مع الجهل، فيجب المهر ويرجع به على المدلس إن كان، وإلا فلا رجوع. ولو كانت هي المدلسة رجع عليها، إلا بها يمكن أن يكون مهرًا.

المحققين.

إذا عرفت ذلك فارجع إلى عبارة الكتاب واعلم أن مشأ الاشكال ما ذكرناه من دليلي القولين، ووجه القرب ما ذكرناه في ترجيح الثاني. قوله: (ولا يمنع الوطء من الفسخ بالسابق على العقد مع الجهل، فيجب المهر، ويرجع به على المدلس إن كان، وإلا فلا رجوع، ولو كانت هي المدلسة رجع عليها إلا بها يمكن أن يكون مهرًا).

قد علم مما سبق أن العيب في المكاح قد يكون في الرجل وقد يكون في المرأة، فإن كان في المرأة فقد تقرر أنها إما ترد إذا كان العيب سابقاً على العقد، وحينئذٍ فيما أن يعلم به الزوج قبل العقد أو بعده قبل الوطء، أو بعده. وإذا تجدد علمه به فيما أن يوطأ في هذه الحالة أولاً، فإن علم قبل العقد فلا خيار له على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وإن تجدد علمه بعده ثبت له الخيار بشرط أن لا يقدم على الوطء بعد العلم، فإن فعل فلا خيار له، لدلالته على الرضى، ولرواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله السابقة، ولأن ذلك ربما قضى إلى التراخي في الاختيار والخيار فوري.

أما إذا كان جاهلاً بالحال، بما من حيث جهده بالعيب أو جهله بثبوت الخيان فإنه لا يسقط بالوطء على تردد في الثاني وقد وردت الأخبار بأن لها المهر د ممح ويرجع به على المدلس<sup>(١)</sup>، وإنما يكون ذلك بعد الوطء كما لا يخفى.

وهل يجري التقبيل وغيره من الاستمتاعات مجرى الوطء ؟ فيه اشكال ينشأ من دلالاته على الميل الدال على الرضى، ومن أصالة البقاء والتوقف في هذه الدلالة، ولا ريب أن هذا إنما يكون مع عدم مصادفة الترخي، كما لو أكرهه مكره على عدم الاختيار، ثم في هذا البحث امور:

الأول: المهر الواجب هنا هو المسمى لا محالة، لأن النكاح صحيح، فإن ثبوت الخيار فرع صحة العقد في نفسه، وقال الشيخ في المبسوط: إن كان الفسخ بالمتحدد بعد الدخول فالوجب المسمى لأن الفسخ إنما يستند إلى العيب الظاهري بعد استقراره.

وإن كان يجب موقوف قبل العقد أو بعده قبل الدخول وجب مهر المثل؛ لما قلناه من أن الفسخ يسند إلى زمان لعيب، ويصير النكاح كأنه وقع فاسداً فتعلق به أحكام الفاسد، وإن كان قبل الدخول فلا مهر ولا متعة<sup>(١)</sup>.

وإن كان بعده فلا نفقة في العدة وحب مهر المثل، وقد يعقل بأن قضية الفسخ أن يرجع كل واحد من المتعاقدين إلى عين حقه، يبقَى وإلى بدله إن تلف، وقد جرى العقد على البضع والمسمى، وعوض البضع هو مهر المثل.

وما ذكره الشيخ صعب؛ لأن نكاح وقع صحيحاً، والفسخ وإن كان بسبب العيب إلا أنه بما يبطل النكاح من حبه، ولا يربط الأحكام التي سبقت عليه، ولهذا لا يرجع عليها بالنفقة الماضية وإن بقيت عندها.

وأما التعديل الثاني مجو به إن ذلك في معاوضات الحقيقية والنكاح ليس منها؛ ولأن المسمى يستمر وجوبه بالوطء مرة واحدة فلا يسقط بالفسخ الظاهري.

الثاني. قال المصنف في المختلف إذا كانت هي المدلسة بعد الدخول وتسليم

المهر فالشهور أنه يرجع الزوج عليها بما دفعه، وإن كان الولي هو المدلس يرجع الزوج عليه وكان لها المهر كلاً.

ثم حكى عن ابن الجبيل الرجوع على الولي به إلا قدر أقل مهر مثلها، إلا أن يكون مما لا يظهر وقد حفى على الولي، فيكون لها أقل صداق مثلها، والباقي مردود من مالها على زوجها، وحكمها حكم وليها بن كات هي العاقدة على نفسها<sup>(١)</sup>.

ومحصل ما ذكره الشيخ في الميسوط أن لولي أدب زوجها فلا يخلو بما أن يكون ممن لا يخفى عليه عيبها كالأب والجد ونحوهم من يخطبها ويعرفها فالرجوع عليه، أو يكون ممن يخفى عليه ذلك، فإن صدقة امرأة أنه لا يعلم فالرجوع عليها، لأنها هي العارة، وإن كذبت فالقول قوله مع يمينه والرجوع عليها بوجه<sup>(٢)</sup>.

ودهب أبو الصلاح إلى أنها إذا كانت هي المدلسة لا يرجع عليها بشيء مما أحدثه من المهر بعد الوطء، محضاً بأن الصداق عوض البضع<sup>(٣)</sup>، وهو ضعيف ولا شك أن تنقيح هذا الموضوع مما لا بد منه، فلا بد من بيان معنى التدليس، وتحقيق المعنى المراد بالولي هنا، وبيان الواقع يمكن أن يخلو عن التدليس واستحقاق الرجوع بالمهر أولاً.

فنقول: التدليس تفعيل من المدلسة وهي المحادعة، والمراد هنا كتمان العيب، والدلس محركة الظلمة، كأن المدلس لما أنهى به عيب إلى المددوع وقد كتم عليه عيبه أثناء به في الظلمة، هذا هو أصل المعنى لكن صدق التدليس في الأبواب يتفاوت، فهي بعض لأحوال لا يعد مدلساً إلا إذا ظهر قصد كتمه.

(١) المختلف ٥٥٧

(٢) الميسوط ٢٥٢٤

(٣) الكافي في الفقه ٢٩٥

فإن من زوج امرأة فظهر كونه رقيقة لا بعد مدلساً إلا إذا وصفها بكونها حرة، وفي بعضها بعد مدلساً بمجرد السكوت عن بيان الحال.  
كما إذا زوج ذات العيب ولم يبين عيبها، وكان المدار في ذلك كون الشيء خللاً في الخلقة وعدمه.

وكل موضع تحقق فيه حلل الخلقة بالسكوت عنه مع العلم به تدليس، وكل موضع لا يكون كذلك لا يتحقق التدليس، إلا إذا وصف بصفة كمال فيظهر عدمها كالحرية والبركارة، والأصل فيه أن الاطلاق محمول على كماله الخلقة، ولا يقتضي استجماع صفات الكمال، هذا معنى التدليس.

وأما بيان ما به يصير الشخص مدلساً فيسمى أن يقال فيه: أنه متى تحقق كونه باعناً على الترويج عد مدلساً، سواء كان متولي العقد هو أو غيره، وهكذا يفهم من كلام بعض المحققين<sup>(١)</sup>.

لكن عبارة المصنف والشيخ<sup>(٢)</sup> وابن الجنيد<sup>(٣)</sup> غير واضحة بذلك، والذي تشعر به عبارة المبسوط أن المدار في التدليس على الترويج، وفي عبارة بعض الأخبار اختلاف، ففي بعضها الرجوع على الولي الذي دلسها<sup>(٤)</sup>، وفي بعضها بعزم وليها الذي أنكحها<sup>(٥)</sup>، وفي بعضها أن المهر على الذي روجها؛ لأنه الذي دلسها<sup>(٦)</sup>.

(١) منهم ابن إدريس في السرائر ٢٠٩

(٢) المبسوط ٢٥٤

(٣) نقله عنه العلامة في المختار ٥٥٨

(٤) الكافي ١-٨٠:٥ حديث ١٤، التهذيب ٤٢٥٧ حديث ١٦٩٩ لا سيما ٢٤٧:٢ حديث ٨٨٥

(٥) الكافي ٤٠٦:٥ حديث ٦، التهذيب ٤٢٦٧ حديث ١٧٠١ لا سيما ٢٤٧:٣ حديث ٨٨٦

(٦) الكافي ٤٠٧:٥ حديث ٩، التهذيب ٤٢٤٧ حديث ١٦٩٧ لا سيما ٢٤٥:٣ حديث ٨٧٨

وأما الولي فالمعروف بينهم أنه الذي أمر المرأة إليه، كالأب والجد والوصي والمحكم، ومقتضى ذلك أن الرجوع عليه إن كان وإلا فعليها. وبأسبب الحال أن يراد بالولي هنا المتولي لأمرها وإن كان وكيلًا بحيث يكون تزويجها مستنداً إليه، سواء باشر العقد أم لا.

والأخبار لاتدل على أمر غير ذلك، والدليل لا يهض إلا عليه، لأن التدليس منوط بالباعثية، لكن الولي إنما يرجع عليه إذا كان عارفاً بحالها، فإن علم ذلك فلا بحث، وإن لم يعلم: فإن كان ممن شأنه أن لا يخفى عليه حالها كالمحرم حيث لا يكون العيب خفياً جداً عمل بظاهر الحال، وبمهر المهر، لا أن تصدقه المرأة فالرجوع عليها.

ولو كذبه فالذي يناسب المعام أن يقدم قولها باليمين، لأن الظاهر الذي مدار الأمر عليه معها، ولو ادعى عليها لولي في هذه الحالة اختصاصها بالتدليس بأنها سمته على تزويجها وفهمته أن الزوج علم حالها فكذلك.

وإن كان ممن يخفى عليه أمرها، فإن صدقته المرأة فالرجوع عليها، وإن كذبه فالقول قوله بيمينه.

فيلخص من هذا أن الواقع لا يخلو عن التدليس إما منها أو من المزوج لها، ومنه يتبين أن الرجوع بالمهر ثابت للزوج في كل صورة، وقد يتوقف في صورة واحدة، وهي إذا كان العيب خفياً جداً وادعت المرأة الجهل به وامكن ذلك فإن في تصديقها باليمين وسقوط الرجوع هنا، شكلاً ينشأ من إطلاق النصوص وكلام الفقهاء بالرجوع عليها وعلى متولي انكاحها، ومن انتفاء معنى التدليس حيث يشذ الذي هو مناط الرجوع ويكون الجاهل معذوراً وعبرة الكتاب تدل على أن الحال قد يخلو عن التدليس وهي قوله، (كان وإلا فلا رجوع)، وقريب منه عبارة ابن ادريس<sup>(١)</sup>.

فرع: لو كان المتولي لترويجها جماعة فالرجوع عليهم بأن يوزع على جميعهم بالسوية، سواء كانوا ذكوراً أم لا.

الثالث: اطلق الأصحاب الرجوع بالمهر عليها إذا كانت هي المدلّة، وهو واضح إذا كان قد دفع اليها، أما مع عدمه فلا يحصل له، ويبعد أن يراد به دفعه اليها ثم استعادته منها إذ لا فائدة في ذلك.

وقد يتخيل أن فائدة الدفع اليها لمحافظة على عدم خلو لوطء المحترم عن مهر، فيكون دفعه من حيث كونه مهراً يقتضي لوطء واستعادته من جهة التدليس، ويندفع هذا بأنه لا بد لها مما يكون مهر على ما سيأتي بهانه إن شاء الله تعالى.

الرابع: إذا كان الرجوع بالمهر على غيرها فلا بحث في أنه يرجع بجميع ما عزم، وإن كان الرجوع عليها ففي الرجوع بجميع المهر وجهان أحدهما: يرجع بالجميع، لظاهر النصوص<sup>(١)</sup>، ولأن غرم المهر نشأ من تفرّرها.

والثاني: إنه يجب أن يستثنى مما يكون مهراً: لأن لوطء المحترم لا يخلو من مهر قطعاً، وهذا أصح وبه صرح كبار الأصحاب، وفي تقديره قولان: أحدهما: ما ذهب إليه ابن الحبيب وهو أقل مهر مثلها<sup>(٢)</sup>، ووجهه أنه قد استوفى مفعة البضع فوجب عوض مثلها وهو مهر المثل.

والثاني: - وإليه ذهب الأكثر - قل ما يمكن أن يكون مهراً، وهو أقل ما يتمول في العادة، ووجهه ورود النص<sup>(٣)</sup> بالرجوع بالجميع، فيجب الاقتصار في المخالفة على موضع اليقين، وهذا هو المقطوع به دون ما زاد وهو الأصح

(١) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٨.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف ٥٥٧.

(٣) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٨.

ولو كان العيب فيه لزمه المهر في خاصة إذا فسخت بعد الوطء.  
ولو فسخ الزوج قبل الدخول سقط المهر، وكذا المرأة، إلا في العنة  
فيثبت لها النصف.  
ولو وطأ الخصى فلها المهر كمالاً ولفسخ،

ولقائل أن يقول: إن هذا الاستثناء إن كان حقاً ثابتاً للرجعة في مقابل الوطء  
المحترم فلا معنى للرجوع به على الولي كما لا يجوز به عليها، وإن لم يكن حقاً لها ثابتاً  
استحق للرجوع به على المدلس وإن كان هو لزوجها  
قوله: (ولو كان العيب فيه لزمه المهر في خاصة إذا فسخت بعد  
الوطء).

أي: إذا كان العيب الموجب للفسخ في الزوج لزم الزوج المهر في خاصة، أي  
في خاص الزوج، أي في ماله الخاص به دون من دلسه، وهذا إذا كان الفسخ بعد  
الوطء الموجب لاستقرار المسمى

وإنما وجب المهر هنا في خاصة دون من دلسه؛ لأن لكاخ وقع صحيحاً فأوجب  
المهر واستقر بالدخول، ورجوع الزوج في مسألة السابقة لكونه مغروراً، وهو هنا  
غير مغرور بل المغرور الرجعة وقد استوفت حقها فلا رجوع له على أحد.  
وقال ابن حمزة: إن فسخ المرأة موجب لسقوط مهر، سواء كان قبل الدخول  
أو بعده<sup>(١)</sup>، وهو ضعيف؛ لاستقرار المسمى بالدخول فلا يسقط فسخها.

قوله: (ولو فسخ الرجل قبل الدخول سقط المهر، وكذا المرأة إلا في  
العنة فيثبت لها النصف، ولو وطأ الخصى فلها المهر كمالاً ولفسخ).  
قد تبين أن العيب إما في الرجل أو المرأة، وعلى التقديرين إما أن يحصل



الفسخ قبل الدخول أو بعده، فأما حكم الفسخ بعد الدخول من الزوج أو الزوجة فقد سبق حكمه.

والمقصود هنا بيان حكم الفسخ قبل لدخول، وحكمه سقوط المهر، سواء كان الفسخ من الزوج بغيرها أو من الزوجة بغيره.

أما إذا كان الفسخ من الزوجة مظاهراً، لأن الفسخ متى وقع من جانبها قبل الدخول اقتضى سقوط المهر كما قدمناه غير مرة. وأما إذا كان الفسخ من الزوج فلأنه مستند إليها؛ لأنه إنما فسخ بغيرها، ولا يستثنى من ذلك شيء إلا فسحها بغيره قبل الدخول، فإنه يوجب نصف المهر باتفاق كثير الأصحاب

وهذا الحكم جار على خلاف الأصل، ومسنده رواية أبي حمزة عن أبي جعفر: «إن زوجة العتق تعطى نصف الصديق ولا عده عليها»<sup>(١)</sup>، ويؤيده من حيث المعنى أن الزوج اشرف على محرمها وخلاها سعة فتاسب أن لا يحلو من عوض ولم يجب الجميع لانتفاء الدخول.

وقال ابن الجنييد: إذا اختارت المرأة بعد تمكينها إياه من نفسها وجب المهر وإن لم يولج<sup>(٢)</sup>، قال المصنف في المختلف، وهو بناء على أصله من أن المهر يجب كمالاً بالخلوة كما يجب بالدخول<sup>(٣)</sup>، ولو عمت بغير الخصي بعد الوطء كان لها الفسخ ووجب عليه جميع المهر؛ لاستقراره بالدخول.

وفي رواية سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: إن خصياً دلس نفسه لامرأة قال «يفرق بينها وتأخذ المرأة منه صداقها ويرجع ظهره كما دلس نفسه»<sup>(٤)</sup>.

(١) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٧، التهذيب ٧: ٤٢٩ حديث ١٧٠٩، لاستيعار ٢٥١: ٣ حديث ٨٩٩.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف ٥٥٥.

(٣) المختلف ٥٥٥.

(٤) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٦، التهذيب ٧: ٤٣٤ حديث ١٧٣٩.

والقول قول منكر العيب مع يمينه وعدم البينة.

ولا تثبت العنة إلا باقراره، أو البينة على اقراره، أو نكوله إما مع يمين المرأة أو مطلقاً على خلاف، فلو ادعت العنة من دون الثلاثة حلف. وقيل: إن تقلص في الماء البارد فصحيح، وإن استرخى فعين.

قوله: (والقول قول منكر العيب مع يمينه وعدم البينة، ولا تثبت العنة إلا باقراره أو بالبينة على اقراره أو نكوله، إما مع يمين المرأة أو مطلقاً على خلاف، فلو ادعت لعنة من دون البينة حلف) وقيل: إن تقلص في الماء البارد فصحيح وإن استرخى فعين).

مقصود هذا البحث بيان طريق ثبوت العيب وإن لم يستوف أحكام ذلك، لكن سيأتي فيما بعد تنقيحها في كلامه، ولا ريب أن العيب على قسمين حفي وجلي، فالجلي كالخدام والبرص اللذين يعلمهما كل أحد، وكذا الجب والنصي ويسهل اطلاع الحاكم عليهما، لا حاجة إلى ذكر المتنازع فيه؛ لأن قطع المنازعة فيه سهل.

وأما الخفي فلا شك في أن مثبته عليه البينة؛ لأنه مدع فإن الأصل الصحة، وعلى تاقيد اليمين؛ لأنه منكر، ولا شك أنه يشترط في الشاهد مع العدالة العلم بذلك العيب، وعلاماته بكونها طبييين عارفين بحيث يقطع بوجوده إن كان مما يمكن علم الغير به كالبرص والخدام الخفيين.

وإن كان لا يعلمه غالباً إلا صاحبه ولا يطلع عليه إلا من قبله وهو العنة، فإن طريق ثبوته اقرار الزوج أو البينة على اقراره، أو اليمين المردودة من المنكر، أو الحاكم إذا نكل المنكر عن اليمين، بناء على أن لسكول وحده لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي.

فإذا حلف قضى بثبوت الدعوى، وهذا اصح القولين، ووراءه قول آخر وهو

القضاء بمجرد الكون، ذهب إليه الشيع رحمة الله<sup>١</sup>، فعلى هذا يكون الثبوت باليمين المردودة من المنكر، لأنها كإقراره أو كإثباته، وموضع القولين كتاب القضاء، وسيأتي تحقيقها إن شاء الله تعالى.

وإلى هذا أشار المصنف بقوله (أو بكوله) ما مع يمين المرء أو مطلقاً على خلاف) أي لا تثبت العنة إلا بكده أو بكوله أما مفيداً باليمين على قول أو مطلقاً، أي: غير مفيد باليمين على قول آخر.

ولا يخفى أن ما ذكره غير حاضر، مع أن مقتضى عبارته الحصر، فإن الاستثناء في سياق النص يفيد الحصر، لأن اليمين مردودة طليقاً إلى الثبوت مع إسماء الكول ثمة، ولعله اكتفى في الدلالة على هذا بذكر اليمين المردودة مع الكول، وهذا مسامحة أيضاً وهي أن يحصر عبارة أن الثبوت بالكول واليمين معاً

ولا شك أنه لا دخل للكول في ثبوت عنة أصلاً وإثباته هو اليمين خاصة، والكول هو السبب في تسلط الحاكم على الرد، ولولا ذلك كان الرد من المنكر ليس إلا. وإثباته هنا: إن العنة عيب لا يعلمه غالباً إلا صاحبه، لأن استناد الامتناع من الوطء إلى العجز بحيث يضعف لعصره عن الانتشار أمر حفي لا يطلع عليه العير طلاعاً يقطع به بحيث يصير متحصلاً للشهادة، ولهذا لو أقيمت الشهادة بنفس العنة لم تسمع، نعم قد تطلع عليه الروحة بمرور الأيام وتكرر الأحوال وتعاقد القرائن.

فلذلك يثبت بيمينها المردودة، وإنكره بعض الشافعية محتجاً بأن خفاء هذا الأمر مما تشترك فيه الزوجة والشاهد<sup>٢</sup>، والفرق طهر؛ لأن الزوجة تطلع من مواطن أحوال الزوج على ما لا يطلع عليه غيرها.

(١) المبسوط ٤/ ٢٦٣

(٢) انظر المجموع ١٦/ ٢٧٧

ولو ادعى لوطاً قبلاً أو دبراً أو وطأ غيرها بعد ثبوت العنة صدق مع اليمين، وقيل في دعوى القبل إن كنت بكراً صدق مع شهادة النساء بذهابها وإلا حشى قبلها خلوقاً وأمر بوطأها فيصدق مع ظهوره على العضو.

إذا نقر هدا في الزوجة إذا دعت العنة ولم يفر ولم يكن بينة على إقراره حلف، وإذا حلف استقر الكاح وانقطعت لدعوى هذا هو المشهور بين الأصحاب، وقال الصدوق في المقتنع وابوه في الرسالة: يقعد الرجل في ماء بارد فإن استرخى ذكره فهو عير، وإن تشنج فليس بعين<sup>(١)</sup>، والله ذهب ابن جرير<sup>(٢)</sup>، وإنكره ابن إدريس<sup>(٣)</sup>، وكافة المتأخرين، وهو الأصح؛ لأن ذلك لا يضبط ولا يوثق به، (تقصر) معناه انضم وانزوى، والشنج تقبض في الجلد.

قوله: (ولو ادعى الوطء قبلاً أو دبراً، أو وطأ غيرها مع ثبوت العنة صدق مع اليمين، وقيل صدق في دعوى القبل، وإن كانت بكراً صدق مع شهادة النساء بذهابها، وإلا حشى قبلها خلوقاً وأمر بوطئها، فيصدق مع ظهوره على العضو).

لو تنازعا في العيب فالحكم ما تقدم، ولو تنازعا في الوطء في موضع العنة، فادعاه الزوج قبلاً أو دبراً لها أو لغيرها مع ثبوت عنه بواحد من الطرق السابقة، فالقول قول الزوج بيمينه وإن كان بصورة المدعى، لأنه في الحقيقة منكر، وأن الأصل الصحة، وحصول العيب على خلاف الأصل، ومثل هذا الأمر يتمتر فيه إقامة البينة.

ولقائل أن يقول: إن الفرض مصور به إذا ثبتت العنة، وكيف يكون منكراً مع

(١) لفتح ١٧، وانظر المختلص ٥٥٦

(٢) لرسالة: ٣٦٦

(٣) سرائر ٢٠٩

ثبوتها، بل هو المدعي في الحقيقة، وتعذر إقامة ابينة لا يكفي في الثبوت باليمين كما في السرقة.

ويمكن الجواب بأن العنة لم تثبت إلى الآن وإلا لثبت الفسخ، وإنما الثابت العجز الذي يمكن أن يكون عنة ويمكن أن يكون غيرها، ولهذا يؤجل سنة لينظر إيقدر على الوطء أم لا، فإن قدر على وطء أحد فلا عنة وإلا ثبت وأما تعذر إقامة البينة لكون الشيء مما لا يطعم عليه فإنه يكفي فيه اليمين لئلا يؤدي إلى سقوط اعتباره كما في الحيض.

فإنها لو ادعت انصهار العدة به وأمكن صدقت بيمينها، أما لو تازعا في الوطء قبل ثبوت العنة فإن كونه منكراً لا شبهة فيه.

وبما ذكرناه قال الشح في ابينة<sup>(١)</sup> وأكثر الأصحاب<sup>(٢)</sup>، والمصنف، وذهب في الخلاف إلى أن دعواه الوطء إن كان في لقبل، فإن كانت بكراً صدق مع شهادة أربع نساء بذهابها، وإن كانت ثيباً حشي قبلها حلواً ثم يؤمر بالوطء، فإن خرج المخلوق على ذكره صدق وإلا فلا<sup>(٣)</sup>، وبه قال الكيدري<sup>(٤)</sup>.

احتج الأولون بعموم قوله عليه السلام: «البينة على المدعي واليمين على من انكر»<sup>(٥)</sup>، وبما رواه أبو حمزة في الصحيح قال: سمعت أبا حمزة عليه السلام يقول: «إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوجت رجلاً غيره فرعمت أنه لا يقربها منذ دخل بها، فإن لقول في ذلك قول لروح، وعليه أن يحلف بأقله لقد جامعها لأنها

(١) النهاية ٤٨٧

(٢) مهم بن أبي عمير كما في المختلف ٥٥٦ وابن براج في تهذيب ٢٣٦٢، وابن اعرس في اسرار ٣٩٠

(٣) الخلاف ٢، ٧٢٨ مسألة ١٤٠ كتاب النكاح

(٤) نقله عنه ليلامة في المختلف ٥٥٦

(٥) الكافي ١٥٧ حديث ١، لعنه ٢٠٢ حديث ١، التهذيب ٢٢٩٦ حديث ٥٥٣

### المدعية<sup>(١)</sup>.

واحتج الآخرون بما رواه عبد الله بن الفضل الهاشمي عن بعض مشايخه قال: قالت امرأة لأبي عبد الله عليه السلام، أو سألته رجل عن رجل تدعي عليه امرأته أنه عنين وينكر الرجل، قال: «نحشوها القابلة بالخلق ولا يعلم الرجل ويدخل عليها الرجل، فإن خرج على ذكره الخلق صدق وكذبت وإلا صدقت وكذب»<sup>(٢)</sup>.

وضمها المصنف في المختلف بكونها مرسلّة، ثم صوب الجمع بينها وبين رواية أبي حمزة بحمل الأولى على ما إذا ادعى الرجل الإصابة قبل الدعوى فامكرت، والثانية على ادعاء العنة فينكر الرجل<sup>(٣)</sup>.

وفي هذا الحمل اعتراف بأن حشو الخلق طريق إلى قطع المنازعة، وفيه نظر؛ لا يمكن أن يقطع ذكره به هو أو غيره، فلا يكون دليلاً على المباح، اللهم إلا إذا قطع بانتفاء ذلك كما إذا أهدأ في بيت خال وشدت يدها على وجه أفاد اليقين، فإنه لا يبعد المصير إليه.

لكن على هذا لا يحتاج إلى ما قيد به في الرواية من كون الرجل لا يعلم حشو الخلق.

ومتى ثبت اعتبار حشو الخلق شرعاً كان ذلك طريقاً رابعاً يستعلم به ثبوت لعنة وانتفاؤها.

والخلق يفتح الحاء المعجمة احلاط من الطيب منها الزعفران. ولو كانت بكراً فادعى الإصابة فشهد أربع نسوة بالبكارة فكذبهن الزوج لم

(١) الكافي ٤: ١١٥ حديث ٧، تنهيد ٧: ٢٢٩ حديث ١٧٠٩ الاستبصار ٣: ٢٥١٣ حديث ٨٩٩.

(٢) الكافي ٤: ١١٥ حديث ٨، تنهيد ٣: ٢٥٧٠ حديث ١٧٠٤، تنهيد ٧: ٢٢٩٧ حديث ١٧١٠، الاستبصار ٣: ٢٥١٣.

حديث ٩٠٠.

(٣) المختلف ٥٥٦.

وإذا ثبت العنة وصبرت لزم العقد، وإلا رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجله سنة من حين المرافعة، فإن واقعها أو غيرها فلا نسخ، وإلا فسخت إن شاءت ولها نصف المهر.

يسمع منه، وإن ادعى عود البكارة بعد الرطه قنم قولها مع اليمين، أما بعدم الرطه أو بان هذه بكارة الأصل فإن جانبها معتضد بأصالة بقاء البكارة الخلقية، وأن الظاهر عدم العود بعد الزوال.

ولو نكلت حلف وسقط حبارها، ولو نكل لم يبعد تقديم قولها؛ لأن الظاهر معها، وقد صرح المصنف بهذه الأحكام في التمهيد<sup>(١)</sup>، والشيخ في المبسوط<sup>(٢)</sup>. قوله: (وإذا ثبت العنة وصبرت لزم العقد، وإلا رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجله سنة من حين المرافعة فإن واقعها أو غيرها فلا نسخ، وإلا فسخت إن شاءت ولها نصف المهر).

إذا ثبت العنة بأحد الطرق السابقة، فإن صبرت لزم العقد ولم يكن لها بعد ذلك مرافعة ولا فسخ، لتضمن ذلك الرضى بالعيب، وهو أمر واحد لا يتجدد فيه ولا تعدد، بخلاف المطالبة في الإيلاء فإنها لا تسقط بالاسقاط لتعدد الحق في كل وقت، وحكى الشيخ في المبسوط خلافاً في سقوط الخيار هنا، ثم قوى السقوط محتجاً بعموم الأخبار<sup>(٣)</sup>.

ويلزم من هذا أن تكون المرافعة على المور كالفسخ، وإن لم نصبر فليس لها الفسخ في الحال اجماعاً، بل يجب أن ترفع الأمر إلى الحاكم، فإذا رفعته إليه أجله سنة من حين المرافعة إذا طلبت ذلك أو اقتضت على المطالبة بحقها شرعاً، أما مع سكوتها فلا، إلا إذا احتمل أن يكون سكوتها لدهشة أو جهل فلا بأس بتثبيتها. واطبق العلماء

(١) التحرير ٢٩٠٢

(٢) المبسوط ٤ ٢٦٥

(٣) المبسوط ٤ ٢٦٥

على كون الأجل سنة، معطين بأن نعتد الجماع قد يكون لعارض حرارة فيزول في الشتاء، أو برودة فيزول في الصيف، أو بهوسة فيزول في الربيع، أو رطوبة فيزول في الخريف.

ولاشبهة في أنه من حين المرافقة، فإذا مضت السنة مع عدم الإصابة علم أنه خلقي.

وروى أبو البختري عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن علياً عليه السلام كان يقول: يؤخر العين سنة من يوم ترافعه امرأته، فإن حلص إليها والآخرق بينهما، فإن رضيت أن تقيم ثم طلست الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار<sup>(١)</sup>. وهذه الرواية وإن دلت على أن المعتبر أصابتها وعدمها، إلا أن رواية غياث الضبي<sup>(٢)</sup> دالة على اعتبار أصابتها، أو إصابة غيرها في عدم المسخ، ويؤيدها أن العنن إنما يكون مع العجز المحقق لضعف في القوى أو القلب أو الكبد أو تغلل في نفس الآلة، وهذا لا يختلف باختلاف السوسة.

وأما العجز عن امرأة دون أخرى فإنه قد يتفق؛ لاحتباس الشهوة عنها بسبب نفرة منها أو حياء أو لاحتصاص المقدور عليها بالأس بها أو وجود المبل إليها أو انتفاؤه عن غيرها. وكذا قد يتفق العجز عن المأتي والنفرة على غيره؛ لاعتقاد خبيث، وفي جميع ذلك لا يثبت الخيار عمدنا.

ولو كان العجز عن الجماع لمرض لا يرحى زواله فهو في معنى العنة، ومثله من جب بعض ذكره فشل الباقي.

ورواية أبي الصباح الكاسي قال: سألت أبا عبيد الله عليه السلام عن امرأة

(١) نهديب ٤٣١٧ حديث ١٧١٩، الاستبصار ٢٤٩٣ حديث ٨٩٤

(٢) لكوفي ٤٩٠:٥ حديث ٤ نهديب ٤٣٠٧ حديث ١٧١٤، الاستبصار ٢٥٠٣ حديث ٨٦٩



ولو قيل بأن للمرأة الفسح بالجدام في الرجل أمكن؛ لوجوب التحرز من الضرر فإنه عليه السلام قال: «فر من المجذوم فرارك من الأسد».

ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع ابداً تعارقه؟ قال «نعم إن شاءت»<sup>(١)</sup> تتناول ذلك كله، ولو كان العذر لمرض مرجو الروال فلا مراعاة ولا خيار تنبيه لا فرق في التأجيل ستة بين كون لعة سابقة على العقد أو متعدياً بعده، وخص ابن الحنبل التأجيل بالكافي<sup>(٢)</sup>، ولأصحاب على خلافه<sup>(٣)</sup>، والنصوص عامة<sup>(٤)</sup>.

قوله: (ولو قيل: بأن للمرأة الفسح بالجدام في الرجل أمكن؛ لوجوب التحرز من الضرر، فإنه قال عليه السلام: «فر من المجذوم فرارك من السبع»).

هما مبحثان الأول المشهور بين الأصحاب أن الجدام والعرج من الصيوب المخفضة بالنساء، فلا تفسح لمرأة بوجودها أو أحدهما في الزوج، وذهب ابن البراج في المذهب إلى اشتراكها بين الرجل والمرأة فهي أيها وجد أحدهما فلاخر الفسح<sup>(٥)</sup>.

وظاهر كلام ابن الحنبل يقتضي ذلك<sup>(٦)</sup>، وهو طاهر اختيار المصنف في المختلف، فإنه قال: وكلام ابن البراج حسن لا بأس به<sup>(٧)</sup>.

(١) التهذيب ٤٣٦٧ حديث ١٧١٨، الاستبصار ٢٤٩٣ حديث ٨٩٢

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف ٥٥٥

(٣) منهم الصدوق في المنع ١٠٥، والمفيد في الفقه ٨٠، والطوسي في تهذيبه ٤٨٦

(٤) التهذيب ٤٣٦٧ حديث ١٧١٦ و ١٧١٨، الاستبصار ٢٤٩٣ حديث ٨٩١ و ٨٩٣

(٥) المذهب ٢٣١٢

(٦) نقله عنه العلامة في المختلف ٥٥٣

(٧) المختلف ٥٥٣

احتج الاكثرون بأن الأصل في عقد الكاح اللزوم وثبوت الخيار بخالف للأصل، فيتوقف على دليل، وهو مستف في محل النزاع، وبما سبق في رواية عياث الضبي من قوله عليه السلام: «والرجل لا يرد من عيب»، فإنه بعمومه يتناول محل النزاع.

واحتج الآخرون بقوله عليه السلام: «إنما يرد لكاح من البرص والجذام والجنون والعقل»<sup>(١)</sup>، فإنه عام في الرجل والمرأة إلا ما أخرج دليل، وبأنه يؤدي إلى الضرر، إذ ذلك من الأمراض المعدية باتفاق الأطباء، وقد روي أنه صلى الله عليه وآله قال: «هر من المحدث فرارك من الأسد»<sup>(٢)</sup>، فلا بد من طريق التخلص.

ولا طريق إلا الخيار، وما ترقى تستخلص<sup>(٣)</sup> والاحكام كوجه عيباً في المرأة فهي الرجل أولى، فإن العلة في ثبوت الفسخ هو لشأعته وشدة المفرة بسببه الناهية لشهوه الجماع، وتوقع الضرر العظيم به موجوده ثم يوجه انهوى فإن الرجل يستطيع التخلص بالطلاق ولا طريق للمرأة إلا الفسخ فتعين القول بشووه.

ولا يخفى أن هذه ادلائل اقوى؛ لأن صحيحه الحلبي دليل ناقل عن حكم الأصل، وهي مرجعه على رواية غياث، لصحتها وشهرتها مع ما ضم إليها من المؤيدات، والقول الثاني لا يحلو من قوة.

الثاني، إذ قلنا بثبوت الخيار للمرأة بحدام الروح وبرصه، وكان العيب سابقاً على العقد فلا بحث في الخيار بعد وإن تجد بعد بدحول بفضيته ما سبق في نظائره عدم الخيار

وإن تجد بعد لعقد وقبل الدحول فيه اشكال، يشأ: من أن ثبوت الخيار هنا

(١) تهذيب ٤٢٤٠٧ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٢٤٦:٣ حديث ٨٨٠

(٢) تهذيب ٣٦٣٣ حديث ١٧٧٧

(٣) نكاحي ٤٠٩٥ حديث ١٦ تهذيب ٢٧٣٣ حديث ١٢٩٦ تهذيب ٤٢٧٧ حديث ١٧٠٣، الاستبصار ٢٤٧٣

ويثبت العيب باقرار صاحبه، أو شهادة عدلين عارفين.  
وفي العيوب الباطنة للنساء شهادة أربع منهن مؤمنات.

على خلاف الأصل والمشهور، فينبغي أن يقتصر فيه على مالا تكثر معه المخالفة. ومن أن رواية الحلبي تناول بصورها هذا الفرد.

ولقائل أن يقول: إن رواية الحلبي دالة على حكم هذين العيبين بالنسبة الى كل من الرجل والمرأة، فينعين كون الثبوت في حقها على نهج واحد، وقد سبق أنه لا خيار للرجل بتجدها بعد العقد فتكون المرأة كذلك.

واعلم أن المصنف لم يتعرض في هذا الكتاب الى البرص، وإنما اقتصر على ذكر الجذام ولم يرجع فيه شيئاً، وإنا أورد الخيار فيه على طريق الاحتمال.

وفي المختلف رجح ثبوت قبحها على ما حكيناه<sup>(١)</sup>، فإن كان اقتصاره على الجذام مصيراً الى أن البرص لا خيار فيه حتماً، والتردد إياها هو في الجذام، فهو في قوة القول الثالث للقولين، وكلامه محتمل.

قوله: (ويثبت العيب باقرار صاحبه، أو بشهادة عدلين عارفين، وفي العيوب الباطنة للنساء بشهادة أربع منهن مؤمنات).

قد عرفت فيما مضى أن العيب على قسمين أحدهما ما يمكن اطلاق التغير عليه، والآخر ما لا يمكن كاعنة، وكلاهما يشتركان في الثبوت باقرار صاحب العيب، ومع انكاره فإنما يثبت الثاني بشهادة عدلين على اقرار صاحبه، أو اليمين المردودة، أو الكول على القول بالقضاء به.

أما الأول فإنه يثبت بشهادة عدلين طبيين عارفين إن كان مثله يخفى على غير الطبيب، وإلا كفت العدالة، وفي جانب المرأة تثبت في العيوب الباطنة للنساء

ولو كان بكل منها عيب ثبت لكل منها الخيار، وفي الرق الممتنع

وهي التي لا يطلع عليها الرجال، مضافاً إلى ما ذكر بشهادة الأربع من النساء موصوفة بالعدالة والمعرفة بالطب، إلا أن يكون العيب جلياً لا تتوقف معرفته على الطبيب فتكفي العدالة.

فإن قيل: لم اعتر في الشاهدين مع العدالة المعرفة واقتصر في النساء على الانصاف بالايان؟

قلنا: لعله لحظ في ذلك أن عيب الرجل إذا لم يكن جلياً واضحاً يمكن اطلاع الحاكم عليه، فلا حاجة به إلى الشاهدين ثبوته، وإنما يحتاج اليها في موضع الخفاء فيعتبر معرفتها بالطب لا بحالة.

وأما المرأة فليكون الحاكم لا يطلع على بواطن حواها، يحتاج إلى شهادة أربع من النساء، ولا يشترط معرفتهن بالطب إلا في موضع الخفاء، فلا يكون شرطاً في أصل الشهادة، فلذلك لم يعتد بها في أصل الشهادة؛ لانتفائه في بعض الأقسام، وكأنه حال في لقسم الآخر على ما ذكره في الرجال لأنها بمرتبة واحدة.

وأما العدول عن اشتراط العدالة في النساء إلى الاكتفاء بالايان فلا يظهر وجهه.

فروع: لو خفي العيب على النساء لمجهن، وتوقف الأمر على اشراف عدول الرجال الأطباء على المرأة، ففي وجوب الالتزام والاكتفاء بيمين المرأة على النفي تردد ينشأ من توقف حق لرجل عليه، ومن أن فيه تعجيل هناك مع أن الأصل السلامة، وقد قال عليه السلام: «اليمين على من انكر»<sup>(١)</sup>.

قوله: (ولو كان بكل منها عيب ثبت لكل منها الخيار، وفي الرق

## الازالة مع الجلب اشكال.

الممتنع من الازالة مع الجلب اشكال).

لو وحد كل من الزوجين بآخر عيباً من العيوب الموجبة للفسخ ثبت لكل منها الخيار، فإن اختار أحدهما الامضاء كان للآخر الفسخ؛ لوحد المقتضي للفسخ بالنسبة الى كل منهما، واجتناع العيبين لا يمنع من ترتب الأثر.

ولا فرق بين كون العيبين من جنسين أو من جنس واحد.

وحكى في المبوط وجهين في الثاني، يوضح أحدهما بكونها مع الاتحاد مكافئين فلا خيار، والآخر بعموم النص، وأن الأسان يعاف من غيره مالا يعاف من نفسه وقوى الثاني<sup>(١)</sup>، وهو الأصح،

واطلق المصنف ثبوت الخيار إلا في صورة واحدة، وهي الرق الممتنع الازالة الذي يتعذر معه الوطء.

وفي معناه العقل مع لحظ المستوعب وما في حكمه، فذكر فيه اشكالاً ينشأ من أن كلاً منهما سبب للخيار اذا نفرد بعد الاجتناع كذلك؛ لأصالة عدم كون الاجتناع مانعاً من ترتب الخيار على السبب. ومن أن الفسخ إنما يثبت بكل من العيبين المذكورين، لقوات مقصود، لنكاح وهو الاستمتاع، فجعل الفسخ وسيلة الى التحلص منه.

وهذا المعنى منتفٍ في المحل المفروض، فإن القوات المذكور ثابت على كل من تقدير الفسخ وعدمه فيتمسك بأصالة لزوم النكاح، وليس بشيء؛ لأن المعنى المستتبط لا يخصص عموم النص<sup>(٢)</sup>، والأصح الثبوت من الجانبين.

(١) المبوط ٤ ٢٥١

(٢) الكافي ٤٠٦:٥ حديث ٦، التهذيب ٤٢٤:٧ حديث ١٦٩٣ لا تبصر ٤٦:٣ حديث ٨٨٠

ولو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق، وكذا بعده، وليس له الفسخ، ولا بعد الرجعة مع العلم قبلها.

قوله: (ولو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق، وكذا بعده، وليس له الفسخ ولا بعد الرجعة مع العلم قبلها).

أي: لو طلق الروجة ذات العيب قبل الدخول وهو لا يعلم بالعيب فقد بات منه، ولو علم بالعيب بعد الطلاق لم يسقط ما وجب بالطلاق وهو نصف المهر؛ لأنه أوجد الفرقة بالطلاق مستنداً في ذلك إلى اختياره، وهو مقتضى لوجوب النصف والمسقط للجميع هو الفسخ قبل الدخول ولم يوجب.

وكذا الحكم لو طلق بعد الدخول، فإن رجوعه جميع المهر بحاله إذا ظهر العيب، وليس له الفسخ في هذه الحالة، سواء كان لطلاق بائناً أو رجعيّاً. أما إذا كان بائناً فظاهر، لانقطاع علاقة النكاح فلا يعقل الفسخ. وأما إذا كان رجعيّاً؛ فلأن الطلاق مزيل لقيد النكاح وقد حصل به مقصود الفسخ؛ لأنه آتيل إلى يمينه.

ولا وجه لثبوت الفسخ بعده، ولو رجع في هذه الحالة وقد علم بالعيب قبلها فلا فسخ له؛ لأن رجوعه مع العلم بالعيب يقتضي الرضى به وذلك مانع من الفسخ، بخلاف ما لو لم يعلم بالعيب حتى رجع فإن له الفسخ به هنا لا محالة؛ لانتفاء المانع وإلى ما ذكرناه أشار بقوله: (وليس له الفسخ ولا بعد الرجعة) أي: ليس له الفسخ قبل الرجعة ولا بعد الرجعة إلى آخره.

ولقائل أن يقول: ينبغي أن يكون له الفسخ في الطلاق الرجعي إذا لم يعلم بالعيب حتى يطلق مع بقاء العدة؛ لأن المطلقة الرجعية روجة، فيندرج في النصوص الدالة على الفسخ بعيب الزوجة، ومن فوائد تعجيل البينة، فتعمل الخامسة واختها

وإذا فسخ أحدهما بعد الدخول وجبت العدة، ولا نفقة فيها إلا مع الحمل، وعلى الزوج البينة لو أنكر الولي علمه بالعيب، فإن فقدتها فله اليمين.

فإذا حلف رجع الزوج على المرأة؛ لأنها غرت حيث لم تعلم الولي، فإن ادعت اعلامه حلف.

ويقطع الارث وتسقط نفقة العدة وغير ذلك.

قوله: (وإذا فسخ أحدهما بعد الدخول وجبت العدة، ولا نفقة فيها إلا مع الحمل).

لا شك أنه إذا فسخ أحد الزوجين بعيب الآخر بعد الدخول تجب العدة للوطء المحترم، وهي عدة الطلاق على ما سيأتي بيانه إن شاء تعالى، ولا نفقة في هذه العدة قطعاً، لانتفاء المقتضي، فإنها بائنة، فإن الفسخ يزيل أثر النكاح.

هذا إذا كانت حائلاً، وأما إذا كانت حاملاً فهي على أن نفقة الحامل في الطلاق البائن للحمل أو للمطلقة، فعلى القول بأنها للمطلقة لا نفقة هنا؛ لانتفاء المتعلق، وعلى القول بأنها للحمل يجب بحق القرابة ولسكنى كالنفقة في ذلك.

وهو صرح المصنف في التحرير<sup>(١)</sup>، وجزم بالوجوب هنا، وهو يقتضي ترجيح وجوب النفقة للحمل؛ لأنه حق مبني عليه ولم يرحع في التحرير شيئاً، وسيأتي تحقيقه إن شاء تعالى.

قوله: (وعلى الزوج البينة لو أنكر الولي علمه بالعيب، فإن فقدتها فله اليمين، فإذا حلف رجع الزوج على المرأة؛ لأنها غرت حيث لم يعلم الولي، فإن ادعت اعلامه حلف).

قد ثبت أن للزوج الرجوع على الولي بالمهر إذ فسخ بالعيب وكان الولي عالماً بالحال، فبناء على هذا إذا ادعى الزوج عليه العلم بالعيب ليرجع عليه، فإن انكر كان على الزوج البينة لاثبات دعواه، فبزه مدع؛ لأن الأصل عدم العلم. والأصل براءة دمه، ومع فقدتها فلدراج اليمين عليه، فإذا حلف انتهى علمه ظاهراً، وانتهى سبب الرجوع عليه وهو لتدليس والمحصر في جانبها، فتعين الرجوع عليها لتفريدها حيث لم تعلم الولي بحالها.

فإن ادعت اعلامة كان عليها البينة، ومع عدمها فعليه اليمين، ولا يكفي اليمين الأولى، لأن اثر اليمين لا يتعدى المتخاصمين، فلا تسقط بها دعوى أخرى، وينتهي التنبيه لشئئين:

أحدهما: أننا قد اسلمنا أن الولي إن كان ممن شأنه أن لا يخفى عليه حالها لكونه محرماً والعيب مما لا يخفى فعليه الحرم، ولا يقبل منه اليمين، فإنه المدعي؛ لأن دعواه خلاف الظاهر

وحينئذ فلا يتمسك بأصالة براءة لدمة؛ لوجود المقتضي لشغلها. وربما علل بأنه على تقدير عدم علمه مقصر بترك الاستعلام، وإن كان ممن شأنه أن يخفى عليه الحال، فإن الرجوع عليه إنما يكون مع علمه، فإن انكره فعليه اليمين مع عدم البينة. هذا هو المستفاد من كلام المحققين منهم الشيخ في المبسوط<sup>(١)</sup>، والمصنف في التحرير<sup>(٢)</sup>، وغيرهما<sup>(٣)</sup> وتوجيهه ظاهر فإذا، وصح هذا ونظر إلى إطلاق كلام المصنف هنا بأن على الولي اليمين إذا انكر العلم بالعيب تبين كون هذا الإطلاق مستحقاً للتقييد. الثاني: إذا حلف الولي للزوج على عدم العلم بالعيب لم يمتنع توجه دعوى

(١) المبسوط ٢٥٢ ٤

(٢) التحرير ٢٩ ٢

(٣) ابن البراج في المذهب ٢٣٤ ٢



ولو سوغنا الفسخ بالمتخلل بين العقد والوطء فرضي به برص سابق،  
ثم اتسع في ذلك العضو، فالأقرب ثبوت الخيار، ولو حصل في غيره ثبت  
الخيار قطعاً.

المرأة عليه الاعلام فيتوجه بها اليمين؛ لأنه ربما أقر بأنها اعلمته فيكون قد اكذب  
نفسه ويمينه التي حلفها للزوج فيفرم المهر حينئذ.

لكن لو اراد رد اليمين عليها، أو نكل بحيث يردها الحاكم فهل يستحلف؟  
يحتمل عدم لئلا يلزم ابطال الحكم بالحكم، ويحتمل أن يبنى ذلك على أن اليمين  
المردودة هل هي كالبينة أو كالأقرار، قلنا كالبينة لم يستحلف؛ لأن البينة على  
الدعوى لا تسمع بعد يمين المنيكر، وإن قلنا إنها كالأقرار استحلف؛ لأن المكر اذا  
حلف ثم اقر مكدها نفسه أخذ باقراره.

قوله: (ولو سوغنا الفسخ بالمتخلل بين العقد والوطء فرضي به برص  
سابق، ثم اتسع في ذلك العضو، فالأقرب ثبوت الخيار، ولو حصل في غيره  
ثبت الخيار قطعاً).

إنما بني العرض على القول بثبوت المسح بالعيب الحادث خلال المدة التي  
بين العقد والوطء؛ لامتناع القول بالخيار في الفرض إلا على ذلك التقدير.

وربما اوهم كلامه عدم وجود فرض يزاد فيه العيب، ويتصور ثبوت الخيار به  
من حيث انه احتاج إلى الباء على قول ضعيف، إذ لو وجد ما لا يحتاج إلى ذلك لكان  
أولى بالذكر، وليس كذلك؛ لأن من علم برص قبل العقد ثم اتسع ولم يعلم بالزائد،  
ثم عقد من صور الحكم المذكور ولا حاجة فيه إلى لباء.

إذا تقرر ذلك ففي ثبوت الخيار بسبب الريادة وعدمه وجهان، اقرهما عند  
المصنف الثبوت؛ لأن الرائد عيب لم يحصل الرضى به فيوجب الخيار، بدليل انه لو  
انفرد لكان كافياً في ثبوته وليس ثم ما ينوهم مانعيته إلا ضحية إلى ما وقع الرضى به.

ويسقط حكم العنة بتغيب الحشفة، ومقطوعها بقدرها، وبالوطء في الحيض والنفاس والاحرام.

وذلك غير صالح للمانعة، لأن المانعة حكم أولام الحكم فيتوقف على نص الشارع، وفيه قوة.

والثاني: العدم واحتاره في التحرير<sup>(١)</sup>، لأن رضاه بالسابق رضى بها يحدث منه ويتولد عنه، ولا نسمع الزائد عيب واحد لاتحاد محبه، بهلاك الحادث في محل آخر ويضعف ببيع الرضى بها يحدث منه ومنع تأثير الاتحاد المذكور، ولو حدث ذلك العيب في محل آخر غير الأول الذي وقع الرضى به تعد قطع المصنف بثبوت الخيار لانتفاء لرضى به، وعموم النصوص يقتضي الثبوت، وإسنده الشيع في المبسوط إلى قوم ولم يصرح هو بالفتوى<sup>(٢)</sup>.

ولا ريب أن الثبوت هنا أرحم، ولو اختلف نوع لعيب المتعدد والسابق فلا بحث في الثبوت.

قوله: (ويسقط حكم العنة بتغيب الحشفة ومقطوعها بقدرها، وبالوطء في الحيض والنفاس والاحرام).

يتعلق بتغيب الحشفة في الفرج أحكام كثيرة كالتحصين، والتحليل، ووجوب الحد، والكفارة في الصوم والاحرام، وفساد العبادة مثل الصلاة والصوم، ووجوب الغسل، ومنه حكم العنة.

والأصل في ذلك النص والاجماع، والمعنى فيه أن الحشفة هي الآلة الحساسة لتلك اللذة.

إذا تقرر ذلك فالذي يخرج به من ثبت عنته عن حكم العنة بحيث يسقط

(١) تحرير ٢٩٠٢

(٢) المبسوط ٢٥٣: ٤

ولا فرق في لزوم العقد باختيار المقام معه في أثناء السنة أو بعدها،  
وإذا علمت بعنته قبل العقد فلا خيار.

الخيار هنا هو تغييب المشقة في الفرج بحيث يشمل الشران وملتقاها عليها، أما إذا  
انقلبت الشران إلى الباطن وكانت مشقة تلاقي ما انعكس من البشرة الباطنة فهي  
عتباره في ذلك وظائره توقف، هذا حكم سليم المشقة، أما مقطوعها فهي حكمه  
وجهان.

أحدهما: الاكتفاء بتغييب قدرها لأنها الموضع عند وجودها، فبصار إلى قدرها  
عند فقدها.

والثاني اعتبار تغييب الكل، فإنه ليس بعد المشقة حد يرجع إليه، واختار  
الشيخ في المبسوط الأول<sup>(١)</sup>، وتردد المصنف في التحرير<sup>(٢)</sup>

ولو وطأها في الحيض أو النفاس أو الإحرام خرج عن حكم العنة؛ لحصول  
الوطء الحقيقي، ولا يعدح كونه محرماً، وكذا لو وطأ في الدبر عدداً  
قوله: (ولا فرق في لزوم العقد باختيار المقام معه في أثناء السنة  
وبعدها).

أما بعد السنة فلأنه محل الخيار، فإذا احتارت لمقام سقط. وأما اختيارها ذلك  
في الأثناء فقد حكى الشيخ في المبسوط فيه خلافاً، ثم قوى السقوط<sup>(٣)</sup>، وهو المختار،  
ويدل عليه رواية أبي البخري التي ذكرناها فيما تقدم.

قوله: (وإذا علمت بعينه قبل العقد فلا خيار).

لأن إقدامها على النكاح في هذه الحالة يتضمن الرضى بالعيب، سواء العنة

(١) لمبسط ٤: ٣٦٤

(٢) التحرير ٢: ٣٠٠

(٣) لمبسط ٤: ٢٦٤

ولو وطأها وسقط عنه دعوى لعنة، ثم بانت، ثم تزوجها فادعتها سمعت.

ولو تزوج بأربع وطلقهن فشهدن عليه بالعنة لم تسمع.  
وهل يشيت للأولياء الخيار؟ الوجه ذلك مع مصلحة المولى عليه، زوجاً

وغيرها عدداً، خلافاً للشامي في أحد القولين<sup>(١)</sup>، ومنه ما لو علم بعيبتها قبل العقد قوله: (ولو وطأها وسقط عنه دعوى لعنة ثم بانت ثم تزوجها فادعتها سمعت).



أي لو وطأها بعد دعوى العنة وثبوتها، سواء كان قبل السنة أو فيها، سقط عنه دعوى العنة وانتهى الخيار كما سبق غير مرة.

وكذا بعد السنة، صرح به في التحرير<sup>(٢)</sup>، فإذا بانت منه بمسحها أو منه، أو طلاق بائن، أو انتهى إلى البیسونة، ثم تزوجها بعد حديد فادعت العنة، سمعت دعواها قطعاً لأنه نكاح جديد ودعوى مستأنفة

ومن الممكن أن تحدث له لعنة، ولو طء في نكاح سابق على النكاح الجديد لا يسقط حكم العنة فيه، فتحري عليها الأحكام المتقدمة

قوله: (ولو تزوج بأربع وطلقهن فشهدن عليه بالعنة لم تسمع)  
إنما لم تسمع شهادتهن وبك بصفتها الشاهد، لأنها قد بينا أن امرأة قد تقطع بعنة الزوج، لأن شهادة النساء لا تسمع في عيوب الرجال.  
قوله: (وهل للأولياء الخيار؟ الوجه ذلك مع مصلحة المولى عليه زوجاً

(١) لفي لابن قدامة ٢٠٣٢

(٢) لتحرير ٢٩٢

كان أو زوجة.

ولو اختار الامضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله في الفسخ.

كان أو زوجة، ولو اختار لامضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله في  
(الفسخ)

هنا مسائل:

الأولى اذا كان بروحة مولى عليه عيب من لعبوب المجورة لمسح الكاح،  
و بروج المولى عليها كذلك، فهل للأولياء الخيار عنها بالولاية؟ أم وجهان، الوجه  
مهما عند المصنف نعم، لأن المولى متصوب للاعتداد المصلحة في كل ما يتعلق بالمولى  
عليه، فإن العرص من نصبه ذلك، يجب أن المولى عليه فاصر عن القيام بمصالح  
نفسه، فاقيم مقامه في ذلك حذراً من الأحلال  
واستثنى من ذلك الطلاق بالنصر، فيكون محل الرأع دحلاً، حيث انه لا  
دليل على استثنائه

والثاني العدم؛ لأن مد ربقاء الكاح وفسحه على الشهوة، والمولى لا يطلع على  
ما يشتهي المولى عليه، لأن ذلك من أمور لمساويه، فالخاصة أن مناط المصلحة  
هنا أمر خفي على المولى، فذلك لا يثبت له الخيار كما سبق في عتق الأمة  
ولا فرق في ذلك بين كون عيب موجوداً حين العقد، وبين تجدد بعده حيث  
يوجب الخيار.

ويمكن الفرق بين الحادث وعبره، فيحكم بأن الحادث لا خيار للمولى بسببه؛  
لتجديده بعد انعقاد العقد، ولزومه فلا ينسقط على المسح، لأن مناطه شهوة لمولى عليه،  
بخلاف السابق على العقد، فإن نشأ العقد في هذه الحالة مشروط بالمصلحة،  
والفرض أنه لم يكن عالماً بالعيب، وكما أن انشاء العقد من المولى متوط بالمصلحة فكذا  
بقاؤه منه متوط بها.

## الفصل الثالث: في التدليس . ويتحقق باخبار الزوجة، أو وليها أو

وهذا هو المراد من ثبوت الخيار، وليس هذا الوجه بعيداً من الصواب.

وهذا على القول الأصح لأصحابنا من أن الولاية في النكاح إما تثبت على طريق الاخبار، أما على القول بشيئها على طريق السريك بين المرأة والولي إذا كانت بكرٌ بالغة رشيدة فقد مرق بوجه آخر، وهو أن الولي إما يكون له اعتراض في مثل ذلك في ابتداء العقد دون الدوام، نظراً إلى أنها لو رغبته في نكاح عبد كان لوليها المنع ولو عطف أمة تحت عبد ورضيت بالمقام معه لم يكن لوليها الاعتراض

وعلى هذا فيكون نظر الولي في العقد مع أحد العيوب بعد وقوعه إذا تحدد عدمه به كمنظره في حال يقاعه فيعتمد لمصلحة، والمصلحة على ذلك ثبوت هذا النظر قبل لعبد فيستصحب، وعلى هذا فكل من حذر الفسخ منه ومما قلّم اختياره واعلم أن في كلام الشارح العاقل لها مناقشة بحسب التمه لها، فإنه في الفرق أطلق أن المرأة البكر لو رغبته في نكاح عبد كان للأولياء المنع على القول بأن عليها ولاية، وقيد الحكم بنهي تسلط وليها على الفسخ إذا عتقت تحت عبد ورضيت بالمقام معه بها إذا تجدد حنونها بعد الرضى.

وهذا القيد غير محتاج إليه وإما ارتكبه ظناً منه الاحتياج إليه، وإنما قلنا أنه غير محتاج إليه؛ لأنها إذا تجدد عتقها بعد العقد وقبل روال البكارة فالولاية باقية، وإن لم يعرض جنون الثاني على القول بثبوت الخيار إذا احتار الولي الفسخ نفذ، وإن اختار الامضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله، كما لو روج أحد الصغيرين بمن به عيب مع المصلحة فإن له الخيار بعد البلوغ، وقد حققناه في أول كتاب النكاح. قوله: (الفصل الثالث: في التدليس، ويتحقق باخبار الزوجة أو وليها،



والزوجة، وهو فعيل من لسفارة وهي لرسالة - ؟ فيه اشكال عند المصنف ينشأ؛ من أن لأجنبي لا تعلق له بالنكاح فإنه ليس أحد الزوجين ولا قائماً مقامه، وإنما هو أجنبي كذب في اخباره، ولتفريط من قبل قوله، ومن حصول التفرير بقوله، وهو المراد من التدليس .

الثاني: هل يتحقق التدليس لو رُجبت بسبب مطلقاً، يعني من غير اخبار بالصحة في ذات العيب وبالكفاية في ذات النقص، أو روحها وليها مطلقاً ؟ فيه اشكال ينشأ من أنه لما لم يحصل الاخبار من أحد الزوجين ولا من وليه، ولا من السفير بالصحة ولا الكفاية لم يحصل التعرير فانتفى التدليس لأنه بمعناه ومن أن تركه للاخبار بالصعب أو بالنقص مع بقاء الزوج، على أن الأصل السلامة وعدم النقص، يجري مجرى الاخبار بالصحة والكفاية في التعرير، وهذا هو المراد من التدليس.

الثالث: لا يتحقق لتدليس بالاخبار بالصحة أو الكفاية إلا للزوج حيث لم يكن مطابهاً؛ لأن العادة حاربه بالتسامح في ذلك، ولأن الاغراض متعلقة بسر العيب تعلقاً قوياً فلا يتحقق التعرير بذلك، وإنما التقصير من لزوم بتعويله على ذلك.

ومثله، لو كان الاخبار للترويح لكن بغير الزوج، إذ لا يتحقق التدليس على الزوج بالاخبار لغيره.

هذا حاصل ما ذكره المصنف في الضابط، والكلام عليه من وجوه؛  
أحدها: أن هذا الضابط غير صحيح، لأن مجرد الاخبار لا يعد تدليساً، لا في

العيب ولا في نقص صفة من صفات الكمال.

أما العيب؛ فلأن المفهوم من كلام الفقهاء والنصوص عن أئمة الهدى عليهم السلام أن التدليس فيه يتحقق بالعقد على ذات العيب مع العلم به وعدم الاعلام، مثل قول الشيخ في المبسوط: إن الولي إذا روحها فلا يخفى من أن يكون ممن لا يخفى عليه حالها فالرجوع عليه، أو يكون ممن يخفى عليه ذلك، فإن صدفته المرأة إنه لا يعلم



فالرجوع عليها، وإن كدبته فالقول قوله يسميه والرجوع عليها دونه<sup>(١)</sup>. فإن مقتضاه كون الرجوع وعدمه دائراً مع عدمه وكلام ابن الجبير نحو هذا<sup>(٢)</sup>.

ومحصل كلام المصنف في التحرير أن العار إن كان ممن يجوز له النظر إلى وليته كالأب رجع عليه مع علمه بالعيب لتفريده، ومع عدمه لتعريضه بترك الاستعلام. وإن لم يحز له النظر كابن العم والأجنبي، فإن علمه بالعيب رجع عليه. وإن لم يعلم كان الرجوع على المرأة<sup>(٣)</sup>.

والنصوص مثل قوله عليه السلام في رواية أبي عبيدة: «وبأحد الروح المهر من وليها الذي كان دلسها» فإن لم يكن له علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه وتورد إلى أهلها<sup>(٤)</sup> فإن مقتضاه كون مناط التدلّيس عدم علمه

وكذا قوله عليه السلام في رواية رفاعه بن موسى: «وإن المهر على الذي زوجها، وإنا صار المهر عليه؛ لأنه دلسها. ولو أن رجلاً تزوج امرأة أو زوجها رجلاً لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء. وكان المهر يأخذ منها»<sup>(٥)</sup> فإن ظاهرها أن التدلّيس ينتفي بانتفاء العلم، وثبت بثبوته لدى زوجها، فاعتبار أمر رائد وهو وصفه إياها بالصحة خلاف ما دل عليه النص.

وهذه الأخيرة شاملة للأجنبي إذا كن له وصف التزويج والعلم بالعيب والأولى وإن تضمنت ذكر الولي، لأنّه لا يراد به من له الولاية؛ لأن فيها: «إذا دلت العفلاء إلى آخره» والمدلّسة شرعاً لا تكون إلا بالعة رشيدة؛ لأن فعل غير البالغ لا

(١) المبسوط ٢٥٢٤

(٢) نقله عنه العلامة في مختلف: ٥٥٧

(٣) التحرير ٢٩٢

(٤) الكافي ٤٠٨:٥ حديث ١٤، التهذيب ٤٢٥:٧ حديث ١٦٩٩، الاستبصار ٢٤٧:٣ حديث ٨٨٥.

(٥) الكافي ٤٠٧:٥ حديث ٩، التهذيب ٤٢٤:٧ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٢٤٥:٣ حديث ٨٧٨.

يعتد به، فينبغي أن يراد به من يلي أمرها فيعم الأجنبي.

وأما نقص لصفه فلا يكفي في التدليس الموجب للفسخ والرجوع بالمهر الوصف بالكمال، بل لابد من شرائطه في العقد على ما سيأتي من كلام المصنف في كونها بنت مهيبة فتظهر بنت أمة، وكونها بكرًا فتظهر ثيبًا، وكونها من قبيلة فتظهر من غيرها، ولا يستثنى من ذلك إلا وصف الحرية، فإذا روجها على أنها حرة فبانت أمة لم يتوقف استحقاق الرجوع بالمهر على اشتراط الحرية.

بل يكفي الوصف بذلك فيظهر خلافه فيرجع بالمهر على الواصف، سواء كان هو الولي أو الشاهدس لها بالحرية أو هي. وكان مدر للرجوع مع التدليس على فساد النكاح بالرقبة حيث لم يرص المولى أو فسح الزوج لأجلها إن رصي، أو لغوات الشرط من بكاره ونحوها.

ولهذا لو حصل الرضى بالنكاح لم يكن له الرجوع قطعاً؛ لسلامة العوض في مقابل المهر فلم يكن ثم تخيير يعتصم الرجوع وتأييدها؛ أن السعير في كلام المصنف إما أن يريد به الأجنبي المتولي للعقد بين الزوجين، أو الأجنبي لدى كان سفيراً بينها والمتولي للعقد غيره، فإن أراد به الأول لم يكن للاشكال وجه؛ لأن النص وكلام لأصحاب صريحان في أن العاقد على ذات العيب يخرم مهرها إلا إذا لم يكن عالماً بحاها فالغرم عليها، وإن أراد به الثاني فالغرم على العاقد لا عليه.

نعم يجيء الاشكال في مثل ما إذا كان العاقد بعيداً عن العلم بأحوال الزوجة والواسطة عالماً بأحوالها، فإنه حينئذ عار فيعزم، وظاهر النص يفي عنه الغرم لتعلقه بالمشكك.

ومثله ما لو أحرر السعير الولي بأنه اعلم الزوج بالعيب مثلاً وكان كاذباً، فإن الاشكال في تغريمه من حيث أنه غار، ومن حيث أن الولي مفرط في الركون إلى

خير، هذا حكم العيب.

وأما حكم النقص فإن الغرم عن من وصف المرأة بالحرية فظهرت أمة وعلى من شرط البكارة فظهر ضدها، ولا تفاوت بين كونه ولياً أو أجنبياً.

وثالثها: الاشكال الذي ذكره في لو زوجت نفسها أو زوجها غيرها مطلقاً، وظهرت ذات عيب غير موحّه لأن النص وكلام لأصحاب صريحان في أن العقد على ذات العيب موجب للهرم، فأبى وجه للأشكال حيث من كونه تدليساً.

أما إذا ظهرت ناقصة صفة من صفات الكمال غير الحرية فلا يتحقق عند المصنف<sup>(١)</sup> وجمع من الأصحاب<sup>(٢)</sup> بذلك تدليس، فلا وجه للأشكال حيث.

وكذا الحرية عبده إذا تزوجها بشرط الحرية فهبت أمة، أو لم يشترطها في العبد لكنه بزوجها على ذلك فظهر الخلاف، وسيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى

فإن قيل الاشكال المذكور شدة إلى الخلاف بين الأصحاب

قلنا: القول الضعيف كيف يستقيم جعله وجهاً للأشكال.

واعلم أن قول المصنف: (ولا يتحقق بالاخبار له لغير الزوج) ينبغي أن يريد بالغير من عدا وكيل الزوج؛ لأن وكيل لزوج بمسرة الزوج لا سيما إذا عقد الكاخ معه.

وينبغي أن يريد به غير السفير بينهما أيضاً؛ لأن العرور ينشأ عن اخبار السفير؛ لأن اخباره يستند إليه في العادات المستمرة.

وقد سبق في أول الضابط فيه اشكال، إلا أن يقال: المراد بالسفير العاقد الذي ليس بولي، وكيف مدرأ فكلامه في هذا الضابط غير مستقيم.

(١) المختلف: ٥٥٣

(٢) مهم نسخ الطوسي في لهما ١٨٦ وبن دريس في الرائر ٣٠٩، وبن حمزة في الوسيلة: ٣٥٨

فلو شرط الحرية فظهرت أمة فيه الفسخ وإن دخل، فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء، وبعده المسمى للمولى، وقيل: العشر أو نصفه.

ويرجع بها غرمه على المدلس، فإن كان هي تبعت بعد العتق.

ولو كان قد دفعه إليها استعاد ما وجده وتبعها بها بقي.

ولو كان مولاه، فإن تلفظ بها يقتضي العتق حكم عليه بحريتها وصح العقد وكان المهر للأمة، وإلا فهي على الرق، ولا شيء له ولا لها على الزوج إذا فسخ.

وإن كان بعد الدخول، فالأقرب وجوب أقل ما يصح أن يكون مهراً للمولى.

ولو كان قد دفعه إليها وتلف، أحتمل تضمين السيد لغروره وضعف المباشرة والرجوع في كسبها، والتبعية بعد العتق.

قوله: (فلو شرط الحرية فظهرت أمة فله الفسخ وإن دخل، فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء، وبعده المسمى للمولى، وقيل: العشر أو نصفه ويرجع بها غرمه على المدلس، فإن كانت هي تبعت بعد العتق ولو كان قد دفعه إليها استعاد ما وجده وتبعها بها بقي، ولو كان مولاه فإن تلفظ بها يقتضي العتق حكم عليه بحريتها وصح العقد وكان المهر للأمة، وإلا فهي على الرق ولا شيء له ولا لها على الزوج إذا فسخ، وإن كان بعد الدخول فالأقرب وجوب أقل ما يصلح أن يكون مهراً للمولى. ولو كان قد دفعه إليها وتلف أحتمل تضمين السيد لغروره، وضعف المباشرة والرجوع في كسبها والتبعية بعد العتق).

هنا مسائل:

الأولى، متى شرط العاقد حرية الروجة فظهرت أمة فله فسخ النكاح قطعاً؛ لأن ذلك فائدة، للشرط فإنه يقلب العقد، للآزم جائزاً، سواء دخل أم لا، فإن الدخول لا يسقط الخيار كما سبق في العيوب.

ثم إن كان العقد بادر المولى، أو من يقوم مقامه كوليّه إن كان محجوراً عليه، أو وكيله إن لم يكن وكان العاقد ممن يجوز له نكاح الأمة فالعقد صحيح، غاية ما فيه أنه منزّل للزوج فصح.

ولا فرق في ذلك بين ما ينوي لعقد المولى أو من ادّعى له وإن كانت الأمة؛ لأنه عقد صدر من أهله في محله، وليس فيه إلا انتفاء الشرط وهو الحرية وذلك لا يفسد العقد بل يتسلط على الفسخ وإن كان بعير أدبه، سواء باشر العقد الأمة أو أجنبي، فهي وقوعه فاسد أو موقوفاً على إعادته قولان بعدما في نكاح المالك أصحها الثاني، ولو كان العاقد ممن لا يجوز له نكاح الأمة كان العقد باطلاً لا محالة.

الثانية، إذا رضى الزوج بالعقد ولسيد أيضاً حيث لم يأذن فلا بحث وإن فسخ فإن كان قبل الدخول فلا شيء كما سبق في العيوب، وإن كان بعده وجب المسمى مع كون العقد صحيحاً.

وذلك حيث يأذن السيد، فإن لم يأذن فهي وجوب المسمى أو مهر المثل أو العشر إن كانت بكر، أو نصف لعشر إن كانت ثيباً أقوال، بشرط أن لا تكون عاملة بالتحريم على أصح القولين، ويدرم أرش البكارة مطلقاً لو كانت بكر، وقد تقدّم الكلام على ذلك كله مستوفى فلا حاجة إلى إعادته.

الثالثة إذا فسخ بعد لدخول فلا كلام في وجوب المهر للمولى، ثم يرجع به على المدلس وإن كانت هي تبعها بعد لعنق؛ لأن الرجوع عليها في الرق رجوع على السيد في الحقيقة، وهو باطل ولو كان قد دفعه إليها استعاده؛ لأنه باق على ملكه؛

لأن قبضها إياه قبض فاسد بغير حق، وإن تلف شيء منه أخذ ما وجد منه وتبعها بالباقي كما في تلف الجميع سواء.

ولو كان المدلس هو المولى، فإن تلفها بها يقتضي العتق مثل قوله: هي حرة إنشاءً أو اقراراً حكم عليه بحرمتها، أعمالاً لسبب بحسب مقتضاه، وحينئذ فيكون العقد لازماً، وهو الذي أراده المصنف بقوله: (صح العقد) فإنه في مقابل جوار الفسخ، ويكون المهر للروحة دون السيد؛ لانتهاء سلطته عنها.

ويعتبر لصحة الكاح حينئذ أنها سابقاً أو أجزائها لاحقاً، وإن لم يتلف بها يقتضي العتق فهي على الرق، ويُقصور ذلك بمثل أن يفتخ الزوج القبول فيزوجها بكذا بشرط كونها حرة فيأق السید بالایجاب.

وكذا ينبغي أن يكون عكسه، فإن لفظ الاشراف لا يقتضي العتق إنشاءً ولا اقراراً، وجعله في المبسوط موجباً للعتق<sup>(١)</sup>. وينظر فيه محال، وحينئذ فلا شيء للسيد ولا لها إذا فسخ الزوج وإن كان بعد الدخول، أما هي فظاهرة؛ لأن المملوكة لا تستحق من مهرها شيئاً.

وأما السيد؛ فلا به وإن استحق المهر بالدخول إلا أن للزوج الرجوع عليه به، لتعريضه إياه وتدليس، ولا وجه لدفعه إليه ثم ارتجاعه منه، وهل يستثنى للسيد وجوب أقل ما يصلح أن يجعل مهراً، وهو أقل ما يتمول على ما سبق، وعلى قول ابن المجتهد<sup>(٢)</sup> أقل ما يكون مهر امثالها؟ فيه قولان، أقربهما عند المصنف وجوب ذلك؛ لأن الوطاء المحترمة في غير اباحة لمملوكة يصنع خلوه عن العرض.

وقيل: لا يجب شيء؛ للأصل، وهو ضعيف، وإنما كان هذا للسيد دونها؛ لأن منافع

البضع حق له خاصة، ولو كان قد دفع المهر اليها في حال تدليس المولى إياها حيث لم يتلطف بما يقتضي العتق، بناء على حربتها التي توهبها بالشرط، فإن كانت عينه باقية فظاهر.

وإن تلف في يدها ففي حكمه احتمالات ثلاثة:

أحدها: الرجوع على المولى؛ إما بأكمله، أو بما عدا أقل ما يصلح أن يكون مهراً على اختلاف القولين؛ لأن يدها وإن كانت يد ضمان، لأن الأعواص المقبوضة من مهر وغيره مضمونة على القابض لها بعد لوجه، والرجوع هو المباشر لدفع المهر اليها، فهو كالمثلف بدفعه إلى من لا يجوز الرجوع عليه في الحال، إلا أن الدفع بتحرير المولى فيضعف المباشر ويكون السبب أقوى.

كما إذا قدم إلى غيره طعام ذلك الغير، فأكله فإن اتلافه طعام نفسه في هذه الحالة لا يسمع الرجوع عليه.

وثانيها: أن يصمن المهر في كسبها إن كانت مكتسبة.

ومقتضاء أن يؤمر بالاكتساب وتنزيم<sup>(١)</sup> به وجهه أنها مباشرة للاتلاف ولا مال لها والسيد عار والأصل براءة ذمته، فملاحظة المباشرة والفرور يؤخذ من كسبها أعمالاً للمقتضيين، فإن لم تكن كاسبة أمكن إيجابه على السيد للفرور، وعليها بعد لعتق؛ للمباشرة.

والثالث: أن يتبع به إذا اعتقت؛ لأن يدها يد ضمان، وعلى اليد ما اخذت حتى تؤدي، ولا مال لها إلا بعد عتقها، لأن كسبها للسيد، ولا يلزم من اشتراط السيد حربتها أدبه في اقتباسها المهر وإنما ذلك بفعل الزوج، ولو أدن لها في القبض فلا بحث في تعلق الضمان به، وفي الوجه الأول قوة؛ لأن اشتراط السيد حربتها يقتضي

ولو لم يشترط الحرية بل تزوجها على أنها حرة فخرجت أمة.

استحقاقها المهر وجوب تسليمها بيا، فيكون ذلك ناشئاً عنه.

وبقي قسم ثالث وهو ما إذا كان المدس اجسباً غيرها وعير المولى، لم يذكر المصنف حكمه وكأنه تركه لظهوره، إذ لا بحث في الرجوع عليه بجميع المهر المستحق للمولى، ولو دفعه إليها في هذه الحالة فتلف في يدها، فإن حكمنا بالتبعية لها فيها سبق إذا اعتقت عزم مهرأ آخر للسيد ورجع به على المدلس، وإن حكمنا بالرجوع على السيد هناك رجوع على المدلس هنا بكل من المهرين

إذا عرفت ذلك فارجع إلى المرحمة الكلب واعلم أن قوله: (وإن دخل) وصلى لما قبله، وقوله: (وإن فسخ) كلام مستأنف.

وقوله: (وبعد المسما للمولى) صحيح إذا كان العقد باذن المولى سابقاً أو لاحقاً، أما إذا كان بعير اذنه فإن وجوب المسما "غير ظاهر لفساد النكاح، والمصنف جرى على ما اختاره في أول باب نكاح المألهك، وقد بينا ما فيه

وقوله: (ويرجع بها غرمه) ظاهره يشاؤل الرجوع بجميع المهر، وقد سبق قبل العيوب في كلامه اشكال في الرجوع بما زاد على مهر المثل وهو آت هاء، وكذا يشمل الرجوع بالنعقة فإنها من جملة ما غرمه، وذلك مع فساد النكاح ظاهر، أما مع صحته فمحمّل.

وأما قيمة الولد فيرجع بها لا بحالة، لأن لرومها محض تخمين لأن الزوج لم يدخل في العقد على ضمانها؛ لأن العقد على الحرية يقتضي عدم العوض عن الولد. قوله: (ولو لم يشترط الحرية بل تزوجها على أنها حرة فخرجت أمة



فكما تقدم.

ولو تزوج لا على أنها حرة ولا شرطها فلا خيار.

فكما تقدم، ولو تزوج لا على أنها حرة ولا شرطها فلا خيار.  
هنا مسألتان:

الأولى: إذا تزوج امرأة على أنها حرة ولم يشترط ذلك في العقد، فحكمها حكم من شرط حريتها في العقد صرح بذلك المصنف في هذا الكتاب. وذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه إن اشترط الحرية في العقد ثبت الخيار؛ لظهور الرقية، وإلا كان النكاح ماضياً، وكلام باقي الأصحاب محتمل؛ لأن عبارة الأكثر إذا تزوجها على أنها حرة.

وظاهر هذه العبارة لا يستمع أن يراد به الاشتراط في العقد لكنه مع ذلك محتمل بجريان العقد عليه قبله، وإرادته من غير أن يتعرض إليه في العقد، وكذا عبارة المصنف في التحرير<sup>(١)</sup>، وعندني في ذلك تردد.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه ينشقق من تزوجها على ذلك بأن يقول المتولي للنكاح في معرض الترغيب فيه للزوج: فلانة حرة فتزوجها، ونحو ذلك، ثم يترتب عليه تزويجها، بخلاف ما لو أخبر بذلك لا للتزويج فاتفق تزويج السامع بها، أو أخبر به للتزويج لكن لغير الزوج على ما ذكره المصنف في الضابط سابقاً.

ويلوح من اطلاق عبارة المصنف أنه لا دخل لاتصال العقد بهذا القول وانفصاله عنه في ثبوت التدليس وعدمه، وهو متجه بل ينبغي أن يكون المعتبر كون ذلك له دخل في حصول النكاح.

وظاهر قول المصنف: (فكما تقدم) ثبوت خيار الفسخ مع صحة النكاح

(١) المبسوط ٢٥٤: ٤

(٢) التحرير ٣٠٢

بالشروط المتقدمة، ووجوب المهر بالدخول المسمى مع الصحة، ومهر لمثل مع الفساد والرجوع بالمهر على المدلس على حد ما سبق.

الثانية: إذا تزوجها لا على أنها حرة، كما ذكره في البحث السابق، ولا يشترط الحرية في العقد على ما ذكره في البحث لدي قبله، وكان ممن يجوز له نكاح الأمة، فالنكاح صحيح ولا حيار له؛ لانتهاء المفتضي. وإياها يستقيم ذلك إذا كان التزويج باذن المولى ليكون العقد صحيحاً، فإن كان غير اذنه ولم يرض وحصل الدخول فالمناسب أن له الرجوع بالمهر على من روجه بها مع علمه بحالها؛ لأنه إياها دخل على أن النكاح صحيح مستمر وأن المهر في مقابل ملك منافع البضع وقد قاب ذلك، وحيث أنه لم يعلمه بالحال وأوقعه في نكاح فاسد بوجبه مهر فعلمه المهر للفرور، ولم أجد بذلك نصريحاً بكلام من الأصحاب ولا يحمي أن وجوب المهر مشروط بعدم علمها بالتحريم كما سبق غير مرة.

ولو كانت هي المتولية لذلك، أو لباعته عليه لمن يجهل حالها، فليس يبعد أن يكون الرجوع عليها إذا اعتقت إلا باقل ما يكون مهرأ.

ولو كان التزويج باذن لسيد في الفرض المذكور لكن الزوج ممن لا يحل له نكاح الأمة، ففي ثبوت الفرور تردد ينشأ من أن تزوجه بأمة من غير أن يعلم بحالها، وإن لم يعلم أنه ممن يحل له نكاح الأمة، ايقاع له في العرم. ومن أن ذلك مستند إلى تقصيره بترك السؤال عن حال لزوجه وأنه يجوز له نكاحها.

وليس هذا من الأمور الظاهرة التي يعلمها عامة الناس ليكون التقصير من الزوج، كما لو زوجه امرأة فظهر كونها محرماً له وهو لا يعلم.

واعلم أن المصنف ذكر في الضابط فيها إذ روجت نفسها أو زوجها غيرها مطلقاً ثم ظهرت ناقصة اشكالا في كون ذلك تدليساً بوجب الخيار، ويجزم بانتفاء الخيار في هذه الصورة هنا، وهو رجوع عن الاشكال إلى الجزم.

ويثبت الخيار مع رقية بعضه، ويرجع بنصيبه من المهر خاصة، فإن كانت هي المدلسة رجع بنصيبه معجلاً وتبعث بالباقي مع عتقها أجمع.

قوله: (ويثبت الخيار مع رقية بعضه خاصة، فإن كانت هي المدلسة رجع بنصفه معجلاً وتبعث بالباقي مع عتقها جمع).

كما يكون التدليس للأمة المحضة وتترتب عليه الأحكام السابقة، كما يكون التدليس للتي بعضها حر وبعضها رقيق، وتترتب عليه أحكامه، ولو تزوج المبيعة بشرط كونها حرة، أو لم يشترط الحرية في العقد لكن تزوجها على ذلك، ثبت الخيار لا بحالة، كما في الأمة المحضة على ما ذكره المصنف، لكنه هنا إنها يرجع بنصيب الرقية من المهر، فلو كان نصفها حرّاً رجع بنصف المهر خاصة؛ لأن النصف الحر لم يقع فيه تدليس لصديق الخبر بالنسبة إليه، فإن الإخبار بغيريتها يتضمن حرية ذلك النصف فلا ترجع بنصيبه من المهر.

وهكذا حكم ما غرمه من الدفعة وقصة الولد، فإن كان المدلس أجنبياً رجع عليه به، وإن كانت هي رجع عليها بنصف نصيب الرقية معجلاً باعتبار نصفها الحر، ويبقى النصف الآخر تتبع به إذا اعتق باقيها.

وذلك لأن الرجوع عليها به - وهو نصف المهر في هذه الصورة - يجب توزيعه على ما فيها من الحرية والرقية؛ لأن الائتلاف بالتدليس مستند إلى مجموعها، فيوفر على كل منها مقتضاه، ولو كان ما فيها من الرقية زائداً على النصف أو ناقصاً عنه فنصيبه من المهر بحسبه.

ومما ذكرناه يعلم أن الضمير في قوله (بنصيبه) يعود إلى الرق المدلول عليه بما قبل وأن الضمير في قوله: (بنصفه) يعود إلى النصيب أعني نصيب الرق، واعادته إلى المهر غلط ظاهر، لمنافاة ذلك قوله (ويرجع بنصيبه من المهر خاصة).

ولا يخفى أنه إنما يرجع عليها بنصف الرقية معجلاً وتبعها بنصفه الآخر إذا

ولو تزوجته على أنه حر فبان عبداً، فلها الفسخ وإن كان بعد الدخول، ولها المهر بعده لا قبله، وكذا لو شرطت الحرية. ولو ظهر بعضه مملوكاً فكذلك، ولو ظهر بعضه معتقاً فلا خيار.

كان نصفها حراً والنصف الآخر رقاً، حتى لو كان ثلثها حراً أرجع عليها معطلاً بثلثي نصيب الرقية من المهر ويتبعها بالثلث الآخر.

وإنما أطلق المصنف الرجوع بنصف نصيب معطلاً ولم يحجر في كلامه ذكر كون بعضها الرق هو النصف اعتياداً على ظهوره. حيث أن البعض المذكور في كلامه يشمل، وإنما اقتصر على بيان حكم ما إذا كانت هي المدلّسة، لما فيه من الحفاء باعتبار كون بعض الرجوع به معطلاً وبعضه يستقر به عنق باقيها.

فأما إذا كان المدلس غيرها فإن حكمه معلوم بما سبق، والمهر المذكور هو لمسئى إن كان النكاح يرضى به المولى والآخر فمهر المثل.

ولفائل أن يقول، إن الذي ينساق إليه النظر هنا هو الرجوع بمجموع المهر وذلك، لأن التدليس المذكور اقتصى إلى فسخ النكاح المقتضي لغوات المعوض جميعه، والعوض إنما يدل في مقابله فتستحق الرجوع بجميعه كما لو كانت رقيقة.

وظاهر قوله عليه السلام: «المعذور يرجع على من غره» يقتضي ذلك، وإيضاً فإن المقصود والمفهوم من حريتها حرية جميعها؛ لأن ذلك هو المطلوب في النكاح، فيكون رق بعضها موجباً لكذب الخبر فلا يتم ما أراده، وعلى هذا يجب أن يستثنى لها أقل ما يصلح جعله مهراً لأحل الوطء المحترم كما سبق غير مرة.

قوله: (ولو تزوجته على أنه حر فبان عبداً فلها الفسخ وإن كان بعد الدخول، ولها المهر بعده لا قبله، وكذا لو شرطت الحرية، ولو ظهر بعضه مملوكاً فكذلك، ولو ظهر بعضه معتقاً فلا خيار).

لو تزوجت المرأة زوجاً على أنه حر فبان عبداً فلها الفسخ؛ لظهور نقصه،

ولو تزوجها على أنها بنت ماهرة فخرجت بنت أمة، قيل: كان له الفسخ، والوجه ذلك مع الشرط لا مع الاطلاق، ولا مهر قبل الدخول، وبعده يرجع على المدلس، أباً كان أو غيره، ولو كانت هي المدلسة رجع

سواء شرطت حرته في نفس العقد، أو عولت على اخباره قبل العقد بكونه حراً أو احبار وكيله اما مع الشرط مظاهر، واما بدونه فبما اسلفه المصنف في الضابط وذكره في نظير المسألة، وفيه ما سبق

ولا فرق في ذلك بين الدخول وعدمه، ويكتب لها المهر بعد الدخول؛ لأن الوطء المحترم لا يخلو من مهر، فإن كان الكاح برضى السيد كان لها المسمى عليه، وإلا كان لها مهر المثل يتبع به العبد إذا اعتق، أما لو فسخت قبل الدخول فإنه لا مهر لها؛ لأن الفرقة من قبلها.

ولو ظهر بعضه مملوكاً فالحكم في الفسخ والمهر كما لو ظهر رقيقاً جميعه، إلا أنه مع الدخول واذن السيد في الكاح يلزمه من المهر بنسبة ما فيه من الرقية، أما لو ظهر معتقاً فإنه لا خيار لها، لا تنفاه المقتضي وهو فوات الشرط.

والمسألة معروضة فيما اذا كانت لزوجة حرة بدليل قوله: (علها الفسخ)؛ لأنها لو كانت أمة لم يكن لها فسخ، وإما هو لمولاه فإنه لو أراد تزويجها بعبد لم يكن لها الامتناع ويعلم من قوله: (وكذا لو شرطت الحرية) أن المراد من قوله: (ولو تزوجته على أنه حر) الاستناد في ذلك الى قوله أو قول وكيله قبل العقد من غير اشتراط لها فيه، ولا ريب أنه لو قدم الاشتراط لكان أولى.

قوله: (ولو تزوجها على أنها بنت ماهرة فخرجت بنت أمة قيل: كان له الفسخ، والوجه ذلك مع الشرط لا مع الاطلاق، ولا مهر قبل الدخول، وبعده يرجع على المدلس أباً كان أو غيره، فلو كانت هي المدلسة رجع

عليها بما دفعه منه إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرًا.  
ولو خرجت بنت معتقة فاشكال،

عليها بما دفعه منه، إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرًا، ولو خرجت بنت  
معتقة فاشكال).

فسر أهل اللغة المهرية بورد مربية بأنها طرة، قال في القاموس: المهرية هي  
الحرّة الغالية المهر<sup>(١)</sup>.

وقال الجوهري المهرية الحرّة<sup>(٢)</sup>، وكأهمّ خطّوا في الاشتقاق أنها لا توطأ إلا  
بمهر، بخلاف الأمة فإنها لا توطأ إلا بملك، ادا خرجت هذا فها مسألتان  
الأولى: إذا تزوج الرجل امرأة على أنها بنت مهيّرة فخرجت بنت أمه، فقد  
قال الشيخ في النهاية: إن له ردّها ثم إن لم يكن دخل بها لم يكن لها عليه شيء، وكان  
المهر على أبيها، وإن كان قد دخل بها كان لها المهر على ما استحل من فرجها<sup>(٣)</sup>  
وتابعه ابن الراح في ذلك إلا في إيجاب المهر على أبيها ادا لم يكن دخل بها،  
فإنه نفى وجوبه أصلاً<sup>(٤)</sup>.

وكذا قطب الدين الكيدري إلا أنه جعل إيجاب المهر على أبيها مع عدم  
الدخول رواية<sup>(٥)</sup>.

وكذا ابن ادريس إلا أنه صرح بأن المهر المستحق لها بالدخول ترجع به على  
أبيها<sup>(٦)</sup>.

(١) لقاموس المحيط ١٣٧٢ «مهر».

(٢) الصحاح ٨٢١٠٢ «مهر».

(٣) النهاية: ٤٨٥.

(٤) لمهذب ٢٣٧: ٢.

(٥) نقله عنه العلامة في المختصم: ٥٥٦.

(٦) السرائر: ٣٠٩.

ونهب المصنف هنا وفي المختلف<sup>(١)</sup> وغيرها<sup>(٢)</sup> إلى أنه إن شرط في العقد ذلك كان له الفسخ، وإلا فلا وهو الأصح.

لما عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾<sup>(٣)</sup>.

وحده الاستدلال به: أما مع الشرط فظاهر، لأنه حرم من العقد وأما مع عدمه؛ فلأنه خارج عنه، وإنما يجب الوفاء بالعقد لا بها حرج عنه.

وقوله عليه السلام: «المؤمنون عهد شروطهم»<sup>(٤)</sup>.

وحده الاستدلال به: أنه يدل على استحقاق الشروط، فإذا انتفى فقد انتفى بعض المعقود عليه، وبقوانه يثبت الخيار حيث لم يقتض البطلان، ولأن الشرط يقلب العقد اللام جائزاً، وإلا استفت فأنه وهو معلوم البطلان.

أما مع عدم الاشتراط في العقد فلا فسخ وإن ذكر قبل العقد وحرى العقد؛ لأن الأصل في المكاح اللزوم، وثبوت الخيار يحتاج إلى دليل، ولم يثبت كون ذلك موجباً للفسخ فيجب التمسك بالأصل.

احتج الشيخ ومن تابعه بها رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألت عن رجل خطب إلى رجل بنتاً له عن مہيرة، فلما كان ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه بنتاً له أخرى من أمة، قال: «ترد على أبيها وترد عليه امرأته ويكون مهرها على أبيها»<sup>(٥)</sup>؛ قال في المختلف في وجه الاستدلال بالرواية للشيخ: فإذا كان ضامناً في هذه الصورة كان ضامناً في المتعارف، لعدم لتفاوت ولقائل أن يقول إن الذي أراده الشيخ أمران:

(١) المختلف: ٥٥٦

(٢) التحرير: ٣٠٢

(٣) لمائدة ١

(٤) التهذيب: ٣٧١٧ حديث ١٥٠٣، الاستبصار: ٢٢٢٣ حديث ٨٣٥

(٥) الكافي: ٥؛ ٤٠٦ حديث ٤، التهذيب: ٤٢٣٧ حديث ١٦٩٢

أحدهما أنه إذا تزوج امرأة على أنها بنت مهيّرة ثبت الخيار إذا ظهرت بخلاف ذلك.

والثاني: إنه إذا لم يدخل بها يجب مهرها على أبيها، ولم يتعرض في الاستدلال إلى الأمر الأول أصلاً.

وأما الأمر الثاني فإن الرواية لا تدل عليه؛ لأنها مشعرة بأن الزوج دخل ببنت الأمة، حيث أنها دخلت على لروح في ليلة المعدة لدخول زوجته عليه، فلا يبعد إيجاب المهر على الأب في هذه الحالة، والتدليس وثبوت الرجوع عليه، وأين هذا من ذلك.

الثانية- الصورة بحالها وظهرت بنت معتقة، ففي ثبوت الخيار مع الشرط اشكال يشأ: من أن المعتقة حرة، فيكون لوصف لمشترط في إيجابها حاصلًا. ومن أن بنت المعتقة يصدق عليها أنها بنت أمة باعتبار ما كانت عليه أمها؛ لأن المشتق يصدق وإن انقضى المشتق منه.

ويرجح الأول بأن تفسير أهل اللغة المهيّرة بالحرّة يتناول هذه، فإنهم لم يقيّدوا بكونها حرة في الأصل فيجب حملها على ظهري.

ويؤيده أن ثبوت الخيار في النكاح على خلاف الأصل، فلا يثبت إلا بدليل وهو منتف في محل التراجع وهو أقوى، ثم أرجع إلى عبارة الكتاب وتنبه لأمر.

الأول: المراد من قول المصنف، (والوجه ذلك مع الشرط) ثبوت الخيار في الصورة المذكورة مع اشتراط ذلك في لعقد لامع اطلاق العقد وأخلائه من هذا الشرط، سواء أحررت به هي أو وليها قبل العقد أم لا.

وهذا يخالف لما ذكره سابقاً في ضابط التدليس؛ لأنه جعل الإخبار بالكيفية من الولي أو المرأة تدليساً، وذكر في تزويجها مطلقاً اشكالاً، ومخالفتة ظاهرة.

الثاني قوله- (ولا مهر قبل الدخول) يريد به أنه إذا فسخ في موضع الشرط،



ولو أدخل بنته من الأمة على من زوجه بنت مهيّرة ، فرّق بينها ولها مهر المثل، ويرجع به على السابق ويدخل على زوجته.

أما بعد الدخول فإنه يجب المستى على لأصح بدفعه إلى الروحة ويرجع بجميعه على المدّلس، سواء كان أباه أو غيره، ولو كانت هي المدّلسة فإن لم يكن دفع إليها شيئاً من المهر، وجب أن يدفع إليها أقل ما يصح جعله مهراً دون ما عداه، لوقوع النقص في الزائد، وإن كان دفع إليها شيئاً منه رجع به لا بأقل ما يحصل مهراً على ما تقدم غير مرة.

الثالث لصير في قوله (ولو خرجت بنت لعنفه) يعود إلى المزوجة على أنها بنت مهيّرة، ولا يخفى أن الاشكال إنما هو مع لشرط لا بد منه لأنه قد أفاد أنها لو خرجت بنت أمة لا فسح مع عدم الاشتراط، فإذا خرجت بنت معتقة لم يثبت الفسح بطريق أولى.

قوله: (ولو أدخل بنته من الأمة على من زوجه بنت مهيّرة فرّق بينها ولها مهر المثل، ويرجع به على السابق، ويدخل على زوجته).

إذا جرى العقد على بنت مهيّرة بعينها ثم أدخلت عليه بنت الأمة فإن دخل بها وجب لها بالدخول مهر المثل إن لم يكن عالماً بأنها غير الزوجة، أو علمت ذلك وجهل التحريم، وإلا فهي رابية لامهر لها. فإن كان قد دفع إليها المهر نظر فإن طابق مهر المثل فلا بحث، وإن نقص اكمله، وإن زاد سترد الزائد، ومع عدمها بالتحريم يسترد الجميع ثم يرجع به على من دلّسها.

ولو اتفق تدليسها نفسها وعدم عدمها بالتحريم رجع عليها بما دفعه إليها إلا أقل ما يصح أن يكون مهراً وإن لم يكن دفع إليها شيئاً لم يجب لها إلا ذلك.

وأما الزوجة فإنها على نكاحها يجب تسليمها إليه، ويستحق عليه ما سعى لها، ولا يختص هذا المحكم ببنت المهيّرة وبنت الأمة، بل كل من عقد على امرأة

وكذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنها زوجته ، سواء كانت أعلا أو أدون، ولو دخل مع العلم لم يرجع على أحد.  
ولو شرط البكارة، فإن ثبت سبق الثبوبة فالأقرب أن له الفسخ، ويدفع المهر ويرجع به على من دلسها، فإن كانت هي رجع، إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرًا، وإن لم يثبت فلا فسخ؛ لاحتمال تجدده بسبب خفي.  
وقيل: له نقص شيء من مهرها، وهو ما بين مهر البكر والثيب عادة.

---

فادخلت عليه غيرها حكمها ما ذكرنا من سوء كسب علي من الزوجة أو أدون.  
والى هذا أشار بقوله: (وكذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنها زوجته سواء كانت أعلا أو أدون).

وإنما قيد بقوله: (فظنها زوجته)؛ لأنه لو علم أنها غيرها وهي حائلة ثم دخل بها وجب عليه مهر المثل لها، ولم يرجع به على أحد؛ لاستفاء الغرور والى هذا أشار بقوله: (ولو دخل مع العلم لم يرجع على أحد)

قوله: (ولو شرط البكارة، فإن ثبت سبق الثبوبة فالأقرب أن له الفسخ، ويدفع المهر ويرجع به على من دلسها، فإن كانت هي رجع إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرًا، وإن لم يثبت فلا فسخ لاحتمال تجدده بسبب خفي وقيل: له نقص شيء من مهرها وهو ما بين مهر البكر والثيب عادة).

إذا تزوج امرأة على أنها بكر فظهرت ثيبًا، ففي ثبوت الفسخ بذلك وعدمه خلاف، وعلى القول بعدم ثبوت الفسخ فهل له أن ينقص شيئاً من مهرها؟ فيه خلاف أيضاً، وتحقيق ذلك يقع في مقامين:

الأول: الفسخ وقد نفاه أبو الصلاح، فإنه قال إذا تزوج بكراً فوجدها ثيباً فأقرت الزوجة بذلك حسب أو قامت به البينة فليس بعيب يوجب الرد ولا نقصان

في المهر<sup>(١)</sup>.

وهذا هو الظاهر من كلام جمع من الأصحاب، إلا أن عباراتهم مطلقة ليس فيها تصريح باشتراط ذلك في العقد ولا بعدمه.

والذي يلوح من عبارة أبي الصلاح أن نفي الفسخ ليس مع اشتراط البكارة فتظهر الثبوتية، وإنما هو لكون الثبوتية ليست عيباً، فإن الفسخ بالعيب لا يتوقف على اشتراط السلامة.

والظاهر أن هذا إما هو مراد الأصحاب لكنهم سكتوا عن حكم الاشتراط، قال المصنف في المختلف: وأبو الصلاح إن قصد الترويج بالبكر مع عدم شرط البكارة فهو مسلم، وإن قصد ذلك مع اشتراط البكارة فهو ممنوع<sup>(٢)</sup>.

وهذا الكلام يدل على أن عبارته محتملة، ولا شك عندما في الاحتمال إلا أنها أظهر في عدم الاشتراط كما قلناه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المصنف ذهب إلى ثبوت الفسخ مع الاشتراط، كما صرح به في المختلف والارشاد وقربه هذا وقيد بثبوت سبق الثبوتية على العقد بطريق شرعي، وتبعه جملة المتأخرين فيه<sup>(٣)</sup>، وهو الأصح؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٤)</sup>، وقوله عليه السلام: «لَوْ صُومُوا عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»<sup>(٥)</sup> ولأن ذلك فائدة الشرط فلولا كان ذكره لغواً وهو باطل.

ويحتمل عدم تمسكاً بلزوم العقد، وهو ضعيف؛ لأن الشرط الساتف أخرجه عن

(١) الكافي في العقد، ٢٩٦.

(٢) المختلف، ٥٤٦.

(٣) منهم الشهيد في النعمة، ١٩٩.

(٤) الثالثة ١.

(٥) التهذيب ٣٢١٠٧ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٢٣٢٣ حديث ٨٢٥.

## اللزوم.

ولا ريب أن الفسخ إنما يثبت إذا عم سبق الثبوتية على العقد كما ذكره، وإنما يثبت باقرارها أو البينة الشرعية وما جرى مجراها، فلو لم يثبت ذلك فلا فسخ؛ لا مكان تحدها بسبب حمي كالنروة ولعلة، وهو غير صاف للشرط.

ومتى ثبت الخيار وفسخ قبل الدخول فلا مهر، وبعده يجب لها المسمى، ويرجع به على المدّلس وهو العاقد العالم بها وإلا فعليها، لكن هنا يستثنى لها أقل ما يمكن أن يكون مهراً، وقد سبقت هذه الأحكام غير مرة.

الثاني: حيث لا فسخ فهل ينقص من مهرها شيء؟ فيه قولان أحدهما عدم، صرح به أبو الفلاح<sup>(١)</sup>، وهو اللائح من قول ابن البراج، جاز أن ينقص من مهرها شيئاً وليس ذلك بواجب<sup>(٢)</sup>.

ووجهه: إن العقد يقتضى وجوب جميعه والأصل بقاؤه

والثاني: إنه ينقص، واختلفوا في قدره على أقول

الأول: إنه ينقص شيء في الجملة، صرح به الشيخ في النهاية<sup>(٣)</sup>، وابن البراج<sup>(٤)</sup>، لرواية محمد بن خريك قال، كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل تزوج جارية بكرةً فوجدها ثيباً، هل يجب لها الصديق واقياً أم ينقص؟ قال: «ينقص»<sup>(٥)</sup>. وجه الاستدلال به: أنه لا بد من ضهار مفعول ينقص، والمناسب تقدير لفظة شيء: لاقتضاء المقام إياه.

(١) الكافي في الفقه، ٢٩٦.

(٢) التهذيب ٢: ٢١٣.

(٣) نهاية، ٤٧٥.

(٤) التهذيب ٢: ٢١٣.

(٥) الكافي ٤: ٤١٣، حديث ٢، التهذيب ٤: ٢٨٧، حديث ١٧٠٦.

الثاني: إنه ينقص السدس، ذكره الراوندي في شرح مشكل النهاية؛ لأن الشيء في عرف الشرع السدس لما ورد في الوصية. وغلظه المحقق نجم الدين في لكت بأ الشيء لم يذكر في الرواية، وإنما وجب تقديره؛ لاقتضاء المقام إياه<sup>(١)</sup>.

والذي يقدر هو الشيء المكر، لأنه الذي يقتضيه المقام، لا الشيء الذي هو السدس؛ لأن ذلك معين ولا دليل عليه. ولو سلم فيكون الشيء السدس في الوجبة لا يقتضي كونه كذلك في كل موضع؛ لاقتضاء ذلك في الإقرار وغيره.

الثالث. أن ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر إلى الثيب، اختاره ابن ادریس. واعرضه الشارح السيد العاقل بأنه ربما أدى إلى سقوط المهر رأساً؛ لأن التفاوت بين المهرين قد يكون بقدر المسمى، فإن مهر مثلها يكرأ ربما كان خمسين وثيباً أربعين والمسمى عشرة، فإذا نقص قدر التفاوت سقط المسمى وأجيب بأن المراد النقص بسبب التفاوت إلى مهر البكر وهو الخمس، فينقص في الفرض المذكور ديناراً.

أو أن المراد نقص شيء من المسمى لها باعتبار كونها بكرأ يقتضي نظر العقلان نقصه باعتبار ظهور ثبوتها.

وهذا هو الذي أراده المصنف بقوله في الكتاب: (وهو ما بين مهر البكر والثيب عادة) واختاره في التحرير<sup>(٢)</sup>.

الرابع: إحالة تقدير ذلك على نظر الحاكم لاقتضاء تقدير النقص وتفسير اللفظ

(١) لكت النهاية (ص ١٦٧ لجوامع الفقهية): ٦٣٧

(٢) التحرير ٣٠١٢

ولو تزوج متعة فبانت كتابية، أو دواماً على رأي من سوغه، فلا فسخ، إلا أن يطلق أو يهب لمدة، ولا يسقط من المهر شيء، ولو شرط الاسلام فله الفسخ.

الوارد به لغة، وشرعاً، فيرجع فيه إلى رأي الحاكم، وهو قريب مما ذكره المصنف إذا عرفت ذلك فاعلم أن إطلاق كلامهم يقتضي ثبوت النقص سواء علم سبق الشيوة أم لا، وكلام المحقق في النكت صريح في ذلك . وهذا الحكم مشهور بين الأصحاب، والذي يقتضيه الدليل عدم نقص شيء كما يراه أبو الصلاح<sup>(١)</sup>، إلا أن مخالف الأصحاب لا تخلو من شيء، فإن قلنا به فكلام المحقق قريب.

قوله: (ولو تزوج متعة فبانت كتابية، أو دواماً على رأي من سوغه فلا فسخ، إلا أن يطلق أو يهب المدة ولا يسقط من المهر شيء). أي: لو تزوج امرأة يظن أنها مسلمة، أو على أنها مسلمة لكن لم يشترط اسلامها في العقد فظهرت كتابية والكبح منعه على رأي المصنف ومن حرى محراه في القول بمنع نكاح المسلم الكتابية دواماً وتجويزاً لمتعة، أو دائم على قول من حور نكاحها دواماً.

ولما كان هذا غير مرصى عند المصنف بناء على رأي من سوغه ليستقيم الحكم؛ لأن إثبات الفسخ ونفيه فرع صحة الكبح في نفسه كما لا يخفى ما يثبت للزوج بذلك فسخ، لأن عدم الاسلام في الزوجة لا يعد عيباً بالنسبة إلى الكاح. ولا ينقص بسببه الاستمتاع فلا ينقص من المهر بسببه شيء بخلاف ما إذا تزوج على أنها بكر فظهرت ثيباً.

فان قيل بقوله: (إلا أن يطلق أو يهب المدة) استثناء مماذا؟

(١) نكت النهاية (ضمن الجوامع الفقهية) ٦٢٨

(٢) الكافي في الفقه، ٢٩٦

قلنا: هو استثناء من محذوف تقديره. فلا فسخ في حال من الأحوال إلا في حال طلاقه إذا كان النكاح دواماً أو هبة المدة أيها. إذا كان النكاح متعة فهو مع ما قبله لف وشر غير مرتب.

ويمكن أن يكون استثناء مقطوعاً والمعنى فلا فسخ على حال من الأحوال لكن له أن يطلق وأن يهبها المدة.

فإن قيل: فما الباعث عليه؟

قلنا: لما كان معنى الفسخ بمعنى يصحوم به أن المراد به الفسخ بعير طلاق وهبة المدة.

فإن قيل فيتوهم من عموم معنى الفسخ عدم ثبوته لو كان، ثم أحد العيوب لموجبة له أو غير ذلك من أسبابه.

قلنا هذا الوهم مدفوع بأن طهر المقام انتفاء سبب آخر من أسباب الفسخ، أو ما يتوهم بسببه ثبوت الفسخ سوى كفر الروحة فلا حاجة إلى التحرز وأما إهانة النكاح بالطلاق وهبة المدة فإنه منوط باختيار الزوج متى شاء فحسن التعرض اليها.

ولو شرط في العقد اسلام الروحة وقد نكحها متعة، على ما احتاره المصنف، أو دواماً على رأي من سوغه للكتائية، ثم ظهرت كتابية كان له الفسخ بها؛ لفوات الشرط المقتضي لتزلزل العقد، وقد ذكرنا التوجيه في مظاهره غير مرة، وإنما قيدنا في تصوير المسألة بكون النكاح متعة عند المصنف أو دواماً على رأي من سوغه؛ لأن ثبوت الفسخ فرع صحة العقد في نفسه، وقد ذكره المصنف في تصوير أصل المسألة، وإلى هذا القسم أشار المصنف بقوله: (ولو شرط الاسلام فله الفسخ)، أي: ولو شرط الاسلام في هذه الصورة المعروضة في نفس العقد فظهرت كتابية فسخ إن شاء.

ولو ادخلت امرأة كل واحد من الزوجين على صاحبه فوطأها، فلها  
المسمى على زوجها ومهر المثل على وطئها، وترد كل منها على زوجها، ولا  
يطأها إلا بعد العدة.  
ولو ماتتا في العدة أو مات الزوجان ورث كل زوجته، وبالعكس.

قوله: (ولو ادخلت امرأة كل من الزوجين على صاحبه فوطأها فلها  
المسمى على زوجها ومهر المثل على وطئها، وترد كل منها على زوجها ولا  
يطأها إلا بعد العدة، ولو ماتتا في العدة أو مات الزوجان ورث كل زوجته  
وبالعكس).

قال الشرح في النهاية<sup>١١</sup> إذا عقد الرجلان على امرأتين فأدخلت امرأة هذا على  
هذا والآخرى على الآخر ثم علم بعد ذلك، فإن كانا قد دخلا بها كان لكل واحدة  
منها الصداق، وإن كان الولي قد بعده ذلك أعزم الصداق  
ولا يقرب كل واحد منها امرأته حتى تنقضي عدتها، فإن ماتتا قبل انقضاء  
العدة فليرجع الزوجان بنصف لصدائق على ورثتهما ويرثاهما الرجلان، وإن مات  
الرجلان وهما في العدة فإنها ترثاهما ولها مسمى<sup>١٢</sup>، هذا كلامه رحمه الله  
قال ابن ادریس الصحيح من الأقوال أن يموت أحد الزوجين أما المرأة أو  
الرجل يستقر جميع المهر كاملاً، سواء دخل بها الرجل أم لا<sup>١٣</sup>

احتج الشيخ بما رواه حميل بن صالح عن بعض اصحاب أبي عبد الله عليه  
السلام: في اثنتين هديتا الى أخوين في ليلة فادخلت امرأة هذا على هذا وادخلت  
امرأة هذا على هذا، قال: «لكل منهما الصداق بالعشيان، وإن كان وليها يعلم ذلك  
أعزم الصداق ولا يقرب واحد منها امرأته حتى تنقضي العدة، فإذا انقضت العدة

(١١) نهاية: ٤٨٨

(١٢) المراتر: ٣٦٠



صارت كل واحدة منها الى زوجها بالسكاح الأول»، قيل له. فإن ماتتا قبل انقضاء العدة، قال. فقال: «يرجع الزوجان بنصف الصديق على ورثتهما ويرثانها الرجلان»<sup>(١)</sup>. والأصح وجوب المهر كلاً، ولرواية ضعيفة وحملها المصنف في المختلف على أن المرأتين ليس لهما ولد، فيرجع الزوجان بنصف المهر إذا كانا قد دفعاه على سبيل ميراث<sup>(٢)</sup>.

ثم تنبه لأمر:

الأول استحقات كل من **الرأب على مهر** أدخلت عليه مهر المثل إنما هو مع الوطء للشبهة، لا بدون، وهو ظاهر. وكذا وجوب العدة إنما هو مع الوطء لا بدون، فيرد كل منها على زوجها بغير عدة، ولو وطئت أحدهما خاصة.. اختص الحكم بها. الثاني. إنما يجب لها المهر المذكور بالوطء إذا لم تعلم بالتحريم، أما بأن تجهل كون الروجة غيرها، أو تعلمه وتجهل تحريم الوطء، فلو علمتها فلا شيء لها؛ لأنها يغني ولا اعتبار بعلم الزوج وعدمه.

أما العدة فإن وجوبها يتحقق بهمل أحدهما، ليكون الوطء من طرفه محترماً. الثالث: يرجع كل من لزوجين بما غرمه من مهر المثل على الولي، وفي رواية التقيد بتعمده، وكذا في عبارة الشيخ على ما سبق ذكره. وينبغي أن يقال: إن تعدد الولي والزوجة أو كانا جاهلين فالغرم عليها دون الولي؛ لأن سببيتها أقوى.

نعم يستثنى لها أقل ما يصلح مهراً، وإن تعدد أحدهما خاصة فالغرم مختص به، فإن تعددت هي فلا بد من استثناء الأقل، ولو علم الزوج بالحال وجهلت المرأة

(١) الكافي ٤٠٧٥ حديث ١١ الفقيه ٢٦٧٠٣ حديث ١٢٦٩، التهذيب ٤٣٤٧ حديث ١٧٣٠

(٢) المختلف: ٥٥٧

ولو اشتبه على كل منها زوجته بالأخرى قبل الدخول، منع منه  
والزم بالطلاق ولا تحسب في الثلث ويلزم نصف المهر، فيقسم بينهما بالسوية  
إن تداعياه، أو يقرع فيه، أو يوقف حتى يصطلحا.  
ويحرم على كلٍ منهما أم كل واحدة منهما، وتحرم كل منهما على أب  
الزوج وابنه. والميراث كالمهر، ويحتمل القرعة ابتداءً.

غرم مهر المثل ولا يرجع به على أحد، وينبغي تأمل هذا التفصيل لأنني لم أجده قائلًا.  
الرابع: لو مات أحد الزوجين ورثه الآخر، سواء كان في عدة الشبهة أم لا .  
وقول المصنف (ولو ماتنا في العدة .) بهم نلها دخلًا في الارث، وليس  
كذلك، والمصنف تبع في ذلك عبارة «لشج ولعظ الرواية لا يلزم منه تخصيص؛ لأن  
السؤال وقع عن حكم موتها في العدة فكان الجواب على طبقه».

قوله: (ولو اشتبهت على كل منها زوجته بالأخرى قبل الدخول منع  
منه وألزم الطلاق، ولا يحسب الثلاث، ويلزم تنصيف المهر فيقسم بينهما  
بالسوية إن تداعياه، أو يقرع فيه، أو يوقف حتى يصطلحا، ويحرم على كل  
واحد منهما أم كل واحدة منهما، وتحرم كل منهما على أب الزوج وابنه، والميراث  
كالمهر ويحتمل القرعة ابتداءً).

إذا عقد رجلان على امرأتين بمهرين ثم اشتبهت زوجة كل واحد منهما  
بالأخرى فبيان احكامها في مسائل:

الأولى: تحريمها على الزوجين. فإن لزوجة إذا اشتبهت بالأجنبية حرمت؛  
لوجوب اجتناب الأجنبية ولا يتم إلا باجتنابها، ولا يرتفع بذلك التكاح قطعاً وإنما  
تحرم الاستمتاع التي شأنها أن تحمل به.

وكذا النظر واللمس وما جرى مجرىهما، فعلى هذا لو لم يكونا قد دخلا بها معاً

## من الدخول لا محالة

الثانية محرم على كل واحد منهما أم كل واحدة منهما، وكذا غير الأم ممن اقتضى النكاح تحريمها بالمصاهرة عيباً زجراً عاماً؛ لأن المقتضى لتحريم وهو النكاح حاصل، والاشتباه لا يمنع تأثيره، وجناب أم لروجة لكل منهما لا يتم إلا باجتماعهما، وكذا البواقي، وكذا تحرم كل منهما على أب كل من الزوجين وابنه لمثل ما ذكرناه.

الثالثة، إرام كل من الزوجين بالطلاق بمعنى وجوب ذلك؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ وقد تعدر الأول فتعني الثاني.

والمراد به لطلاق فيكون واحداً، فإن منع منه أجبر عليه، ولا يقدر في صحته؛ لأن الإخبار شرعاً لا ينافي الصحة، كما في إخبار المدعيون إذا امتنع من البيع ونوف الأداة عليه.

ويحقق الطلاق بأن يطلق كل منهما زوجته من المرأتين، أو يطلق كل واحدة منها بعينها فيقع الطلاق على الروجة ويطلق في الأجنبية ويحتمل عدم وجوب الطلاق بالأصل، ولا سلم أن الإمساك بمعروف متعذر للاشتباه.

ولو سلمنا فلا نسلم تحتم الثاني؛ لحوار أن يرد من الآية وجوب أحد الأمرين مع القدرة، لا مساع التكليف بدونها، ولا تعلق له بحال التعذر فتجب حينئذ القرعة؛ لأنه أمر مشكل، وفي كل أمر مشكل قرعة كما ورد به المصنف<sup>(١)</sup>، فمن عسنت القرعة زوجيته تعينت وثبت له أحكام الزوجية.

وهذا هو المراد من قول المصنف (ويحتمل القرعة ابتداء) أي: في أول الأمر من حين حصول الاشتباه.

(١) الفقيه ٥١٢ باب الحكم بالقرعة بهدب ٧ ٢٣٣ حديث ٥٧١، لا سيما ٢٩:٣ حديث ١٣١

ويحتمل أن يقال يتنطفئ بها، فمن طلق وقع ولا سلطاناً المرأتين على الفسخ، أو فسخ المحاكم كما سبق في ترويح الوليين المرأة لرحلين مع نسيان السابق من لعقدتين، وقد سبق تحقيق ذلك كله.

إذا تقرر ذلك فلو طلق كل منهما لم يكن الطلاق محسوباً في الثلاث، بمعنى أنه لو تزوج بعد ذلك لا يكون معه على طلقتين بل الثلاث بها.

كذا ذكره المصنف، ومراده به إذا تزوج واحد منهما لأنه إنما طلق الروجة ولم تكن روحيتها معلومة بالنسبة إليه (ولأصل عدمها) وكذا الأصل بقاء الخل إلى التطييف الثالثة

أما إذا تزوجها معاً - حيث يجوز له جمعها - ثم طلقها اتسبى فقد استكملت أحدهما الثلاث قطعاً، لأن أحدهما كانت روحه حين طلاق الأول وقد حصل الاستبراء فتحرمان كما لو شتهت الروجة بالمطقة إلا بالمحل، فلو تزوجها ثم طلقها بعد ذلك اعتقر إلى المحلل أيضاً، لأن الأخرى قد استكملت الثلاث وهي مشتبهة إلا على القول بأن التحليل يندم ما دون الثلاث

الرابعة: إذا وقع الطلاق من كل منهما لكن من الزوجين قبل الدخول ألزم كل منهما بنصف المهر، لأن ذلك مقتضى اطلاق قبل الدخول، فإن تساوى المهران حنساً وقدرًا وصفة وتسليةً فالحكم ظاهر فإن كل واحدة منهما تأخذ نصفاً.

وإن اختلف الجنس كالذهب والفضة، والقدر كمائة وخمسين، أو الوصف كالخيد والردى، أو تعدد الاستبراء من أحدهما لإعساره دون الأخرى، فيما أن يعلم كل من الزوجين ما عليه وأن جهل مستحقة، ولا فإن علما واحتسب الجنس أو الوصف خاصة أدى كل واحد منهما نصف ما عليه.

ثم الزوجان إما أن يدعي كل منهما زوجية أحدهما واستحقاق نصف العين، أو أحدهما أو لا تدعيا شيئاً للاستبراء عليهما

فإن تصادمت دعواهما في نصف بخصوصه ففيه ثلاثة أوجه: اقتسامه؛ لانتفاء المرجع ويحلف كل واحد منها للأخرى. والقرعة؛ لأنه أمر مشكل. أو الإيقاف حتى يصطلحا؛ لتعذر الوقوف على مستحقه ولا يخرج سوى الصالح.

لكن مع الاقتسام يجعل النصف الآخر عند المحاكم كسائر الأموال المجهولة الملاك، ولو رجعت أحدهما إلى دعوى النصف الآخر لم يبعد سماعها، إذ ليس فيها إلا إكذاب دعواها الأولى، ولأنه لا يزيد على كذاب المقر له الإقرار ثم يرجع إلى التصديق، فترد ما أخذه على الأخرى ويسلم إليها النصف الثاني، لانهصاره فيها، فإن الأولى قد دفعته عن نفسها، وإن حكمتا بالقرعة، فمن خرج اسمها استحققت فيعين للأخرى النصف للأخرى.

وإن ادعت كل واحد غير ما ادعته الأخرى دفع إلى كل منها ما يدعيه؛ لانحصار الاستحقاق فيها وانتفاء اشتراك بينهما.

وإن ادعت أحدهما وسكت الأخرى دفع إلى المدعية ما ادعته؛ لانتفاء المنازع وامكان صدقها.

ويحتمل في النصف الآخر دفعه إلى الأخرى؛ لانحصار الحق فيها وقد نفته المدعية عن نفسها فانحصر استحقاقه في الأخرى.

وإن سكتتا معاً ولم تدع واحدة منها شيئاً معيناً فقد قال الشارح الفاضل ولد المصنف: إنه إما أن يقسم كل نصف بينهما نصفين، أو يقرع بينهما، أو يوقف الحال في كل نصف حتى يصطلحا<sup>(١)</sup>، وليس بجيد؛ لأن اقتسامها كلاً من النصفين يقتضي إعطاء الحق لغير مستحقه قطعاً، للقطع بأن كل نصف لواحدة لا يشاركها فيه الأخرى.

وليس هذا مثل قسمة أحد النصفين بينهما عند التدعي لاسوائيهما في المقتضي للاستحقاق وهو التداعي هناك، بخلاف ما هنا، فيكون فيه حثمال الفرعة ولا يقف إلى الصلح خاصة.

ومثله في الفساد قوله: بعد تداعيهما أحد النصفين بعينه وقسمته بينهما في النصف الآخر، ولو ادعته اقتسمتا....

وذلك لأن كل نصف لواحدة فكيف يمكن قسمته لكل منهما وتسلط من لا يستحق على مال غيره، وفيه فساد آخر وهو أن دعوى واحدة نصفاً نصفاً إنما يكون إذا ادعت زوجة من وجب عليه ذلك النصف، فكيف تنصور زوجة كل منهما لكل من الزوجين.

ومثله في الفساد دعوى كل واحدة منهما كل واحد من النصفين اقتراحاً، ولو حمل على رجوعهما عن الدعوى الأولى إلى هذه بعد حكم الحاكم في السماع احتيال، هذا حكم ما إذا اختلفا جنساً أو وصفاً.

فإن اختلفا قدراً واتحد الجنس دفع كل من الزوجين بقدر نصف المهر الأقل، فيقسم بينهما ويبقى نصف الزيادة يؤخذ من وجب عليه.

فإن ادعته جرت فيه الاحتمالات الثلاثة، وإن دعت أحدهما أو لم تدعه واحدة منها فعلمه معلوم مما سبق، وإن كان الاختلاف بين المهرين باعتبار لزوم التسليم وعدمه أخذ النصف الممحل.

ويجري فيه ما سبق باعتبار لتداعي وعدمه، ويبقى النصف المتخلف إلى حين حصوله تستفاد أحكامه مما سبق.

وإن جهل كل من الزوجين ما عليه بخصوصه، فإن اتحد الجنس واختلف القدر أخذ من كل منهما بقدر نصف الأقل وبقي النصف الرائد، إن تبرع به أحدهما فلا بحث، وإلا كان حقاً مجهول المحل والمستحق منحصر في اثنين.



ويثبت المسمى في كل وطء عن عقد صحيح وإن انفسخ بعيب سابق على الوطء أو العقد، ومهر المثل في كل وطء عن عقد باطل في أصله لا المسمى.

فروع:

أ: لو شرط الاستيلاد فخرجت عقيماً فلا فسخ؛ لا مكان تجدد شرطه

قوله: (ويثبت المسمى في كل وطء عن عقد صحيح وإن انفسخ بعيب سابق على الوطء أو العقد، ومهر المثل في كل وطء عن عقد باطل في أصله لا المسمى).

وجهه: أن الموجب للمهر المسمى هو العقد الصحيح على ما سبأني بيانه أن شاء الله تعالى، والفسخ لا يرفع من أصله وإنما يبطله من حين وقوع الفسخ وإن كان بعيب سابق على العقد، وقول الشيخ<sup>(١)</sup> والشافعي<sup>(٢)</sup> بوجوب مهر المثل صعب أما إذا كان العقد فاسداً فإنها يجب بالوطء فيه مهر المثل دون المسمى؛ لأن الفاسد لما لم يترتب عليه أثره كان وجوده كعدمه.

ومع الوطء يجب عوض المثل لمصلحة البضع وذلك مهر المثل، وقد سبق في نكاح المأليك قول لجمع من الأصحاب بوجوب المسمى هيما إذا تزوج الحر أمة بغير إذن مالئها ووطأ قبل الرضى، وقد ذكرنا ما فيه هناك

وإن انتفى الوطء، فإن كان العقد فاسداً فلا شيء؛ لا تنفاه المقتضي، وإن كان صحيحاً وقعت الفرقة بفسخ فلا شيء أيضاً، إلا في العنة فيجب نصف المهر كما سبق، وكذا إذا طلق قبل الدخول.

قوله: (فروع: أ: لو شرط الاستيلاد فخرجت عقيماً فلا فسخ،

(١) البسوط ٤: ٢٥٣

(٢) المجموع ١٦: ٢٧٣.



في الشيخوخة، وعدم العلم بالعقم من دونه، وجواز استناده إليه.

لإمكان تجدد شرطه في الشيخوخة، وعدم العلم بالعقم من دونه، وجواز استناده إليه).

الشيخوخة مصدر شاح شخ، ويسمي أن يرد بها الطعن في السن إلى نهاية العمر، وتحرير البحث أنه إذا شرط رجل في عقد الكاح استيلاد المرأة يعني، كونه بحيث تستولد بمعنى أن لا يكون عقيماً، فمضى عليها مدة طويلة ولم تلد مع انتهاء مانع آخر ظاهر سوى العقم لم ينهت بذلك مسخ. أولاً لزم ثبوت الخيار مع تحقق انقضاء الشرط، والثاني باطل بالنص والاجماع فالقدم مثله.

بيان لملازمه عدم تحقق العقم بها ذكره لا يمكن تحدد الاستيلاد في الشيخوخة كما في قصة إبراهيم وركريا عليها السلام وعلى بنتا الصلاة والسلام وآله، ولانتهاء العلم بالعقم من دون حصول الشيخوخة، لأن كل زمان يتجدد حصوله يرجى فيه حصول الاستيلاد وتحده قبل تحقق الشرط، ولأن انتهاء استيلاد المرأة قد يكون مستنداً إلى الروح، فلا يكون عدم استيلادها دليلاً على عقمها، فهذه دلائل ثلاثة ذكرها المصنف رحمه الله على عدم ثبوت المسخ في المسألة المذكورة

وتنقيح المقام بجعلها دلائل لتلزم في القياس الاستثنائي أولى، وعلى ما قلناه فيكون الضمير في قوله: (لإمكان تجدده) عائداً إلى الاستيلاد، ويكون الضمير في قوله: (من دونه) عائداً إلى الشيخوخة بضرب من التأويل، أي ولعدم العلم بالعقم من دون مضي زمان الشيخوخة

ويمكن عوده إلى العقم، أي ولعدم العلم بالعقم من دون العقم؛ لأن العلم بحصول شيء فرع حصول ذلك الشيء في نفسه، لأن العلم يستدعي المطابقة. وربما قيل بإمكان عوده إلى ما دل عليه إمكان التجدد، أي وعدم العلم بالعقم من دون عدم إمكان التجدد، فيكون هذا وما قبله دليلاً واحداً، تقريره لإمكان تجدد الاستيلاد فيه، ومن التكلف والبعث ما لا يحصى.

ب: كل شرط يشترطه في العقد يثبت له الخيار مع فقده، سواء كان دون ما وصف أو أعلى على أشكال  
نعم لو تزوجها متعة أو دواماً على رأي بشرط أنها كتابية فظهرت مسلمة فلا خيار.

واعلم أن قول المصنف (لو شرط لاستيلاد فحرحت عقيماً) لا يخلو من مسامحة لأن حروجه عقيماً يقتضي بقاء الشرط فيثبت الخيار، والمرد حصول ما يتوهم منه العقم، والضمير في (شرطه) يعود إلى الاستيلاد أو إلى الزوج  
قوله: (ب) كل شرط يشترطه في العقد يثبت له الخيار مع فقده، سواء كان دون ما وصف أو أعلى على أشكال، نعم لو تزوجها متعة أو دواماً على رأي بشرط أنها كتابية فظهرت مسلمة فلا خيار

لا ريب أن كل ما يشترطه الزوج في عقد النكاح من صفات الكمال، بما لا ينافي بمقصد النكاح ولا يخالف الكتاب ولا السنة صحيح، فإذا تبين انتفاؤه وحلها من الكمال لم يكن النكاح باطلاً، لأن فقد الشرط لا يقتضي بطلانه، لكن يثبت للمشروط الخيار؛ لأن فوات الشرط يقلب لعقد اللزم جائزاً.  
ولو اشترط شيئاً من الصفات التي لا تعد كمالاً، كما لو شرط كونها قبيحة الصورة أو جاهلة بتدبير المنزل، فالنتيجة صحة الشرط، لأن العرض قد يتعلق بذلك.  
وليس فيه منافاة لنكاح ولا للسنة، فهو انتفى لشرط وظهر الاتصاف بالضعف - فهي المثال المذكور ظهر كونها جمية أو عمة بتدبير المنزل - ففي ثبوت الخيار في ذلك ومثاله عند المصنف أشكال ينشأ من أن ثبوت الخيار وسيلة إلى التخلص من النقص ولا نقص لها فلا خيار، ومن أن فوات الشرط المحكوم بصحته لو لم يثبت به الخيار كان الاشتراط وعدمه سواء، وهو معلوم البطلان  
وتسقيح المقام أن صحة النقص قد يقرنها ما يدحوقها بصفة الكمال، ويتعلق بها

العرض كما يتعلق بصحة الكمال، كما لو كان الرجل مثلاً كثير الاسفار، وليس له من يخلفه في أهله، فرغب في قبحة المظر لتكون أبعد عن تطلع الأحباب اليها. وكذا لو خشي من خدق الروجة في أمور المنزل لحقوق بعض المتاعب له بطمع بعض المتعيلين، ويحو ذلك

وذهب الشارح الفاضل ولد المصنف الى بطلان هذه الشروط، محتجاً ببعد الكاح عن قبول الخيار قال: وإنما يصح شرط الحرية والسبب والبهكارة، وما يرى هذه في الكفارة للنص<sup>(١)</sup>.

ولفانيل أن يقول: إن النص لم يرد بثبوت الخيار باشتراط لبيكاره، فيكون اشتراطه حروفاً عن النص، ومع ذلك فالكتاب ليس به وادان بصحة الشرط السائح، الذي لا يباي مقتضى الكاح، ولم يرد منه ثبوت الخيار بعوانه، فيكون الخيار حينئذ ثابتاً بالنص، فلا يتم ما ذكره.

ولو ستم فالبعيد عن كاح شرط الخيار لا اشتراط ما يقتضي قوته الخيار، فحينئذ القور بثبوت الخيار في نحو ذلك ليس بذلك البعيد.

وقول المصنف (نعم لو تزوجها) المراد به أنه اذا تزوج امرأة وشرط كونها كناية، وكان الكاح منعة عندما ودوماً على رأي من يجوز بكاح الكناية دواماً، فظهرت مسلمة، فإن هذا الشرط لا يوجب قوته الخيار، بخلاف غيره من الشروط المتعلقة بصفات النفس، فإن فيها اشكالا عند المصنف، فيكون هذا الشرط مستثنى من عموم الكنية السابقة، فإن لفظ نعم في مثل هذا التركيب للاستدراك

ووجهه أن اشتراط صفه الكفر وعدم الرضى بالاسلام ظاهره ترجيح الكفر على الاسلام، وذلك من الأمور الشبهة لمستهحه شرعاً، فيناسب كون هذا الشرط

ج: لو تزوج العبد على أنها حرة فظهرت أمة فكأنه حر، فإن فسخ قبل

باطلاً، وأنفا ذكره وهو كلام وجهه.

ونبغي أن يكون ما جرى بمهره كدك، كما لو شرط كونها غير عفيفة يعود بالله من ذلك فظهرت عفيفة، لأن هذا الشرط ينافي للمروءة.

وعند التحقيق فليس هذا لنوع من الشروط بساتع شرعاً، فإن ما حالف الدين والمروءة فهو محالف للكتاب والسنة.

ثم تنبه لشيء وهو أن تقييد المصنف لكباح إذاً شرط كون المكوحه كتابية بكونه معة على رأيه، أو دواماً على رأي قوم آخرين، يشعر بأنه لو تزوجها دواماً وشرط كونها كتابية لا يصح الكباح عنده، وقد صرح الشيخ في المبسوط<sup>(١)</sup>.

وجهه أن العتود تابعه للمقصود، فإذا عقد على امرأة دواماً وبعد شرط كونها كتابية عقد عقد على من يعتقد بطلان عهده، فيكون قاصداً إلى عقد يعتقد بطلانه، فحسب أن يكون باطلاً.

ويطرد هذا الحكم فيما لو طلق طلاقاً يعتقد بطلانه، أو يردد فيه بالتردد في حصول شرطه، كما لو لم يعلم انتقالها من طهر إلى آخر، حيث يشترط ذلك لانتفاء قصده إلى عقد صحيح، والقصد معتبر اتفاقاً.

وقد حكى المصنف في التحرير<sup>(٢)</sup> قول الشيخ في المبسوط ولم يفت بشيء. ولقائل أن يقول إن المقدمة القائلة أن القصد إلى العقد الفاسد يمنع صحته مسلمة، لكن لا نسلم أن من زوج امرأة دواماً على أنها كتابية قاصداً إلى عقد فاسد؛ لأنه لا يلزم من اشتراط كونها كتابية اعتقاد كونها كذلك بحسب الواقع، والأصل في المكلف في بلاد الاسلام أن يكون مسلماً، ولأصل من لأمر المقطوع بها شرعاً قوله: (ج: لو تزوج العبد على أنها حرة فظهرت أمة فكأنه حر، فإن

(١) مبسوط ٤: ٢٥١

(٢) التحرير ٢: ٢٦٧

الدخول فلا شيء، وبعده المسمى على سيده أو في كسبه، ويرجع به على المدلس ويكون للمولى.

ولو اعتق قبل الفسخ فالأقرب أن المرجوع به للعبد،

فسخ قبل الدخول فلا شيء، وبعده المسمى على سيده أو في كسبه ويرجع به على المدلس ويكون للمولى، ولو اعتق قبل الفسخ فالأقرب أن الرجوع به للعبد).

أي: لو تزوج عبد امرأً على أنها حرة، بها بأن شرط ذلك في عقد النكاح، أو سبق الإخبار بحريتها قبله، ثم جرى العقد على ذلك فظهرت أمة، فالحكم هنا كما سبق فيما إذا تزوج الحر على أنها حرة في ثبوت الحياء في كل من الصورتين عند المصنف كما أحساره سابقاً، وقد جمع البحث واستوفى الكلام فيه فلا حاجة إلى أعادته.

وليس لقائل أن يقول: إن المنجّه هنا عدم الخيار؛ لتكافؤ الزوجين في كون كل منهما رقاً، بخلاف الحر؛ لأن المقتضي للفسخ هو العرور بالعقد على من شرطت حريتها فظهر خلاف الشرط، أو وصفت بالحرية بحيث جرى العقد على ذلك ثم تبين العدم لا عدم التكافؤ، فيجب ثبوته وهو حق للعبد، ولو ظهر بعضها رقاً والرقية جميعاً.

إذا تقرر ذلك فإن فسخ قبل لدخول فلا مهر، وإن فسخ بعده فالمسمى على السيد إن كان النكاح بآدنه أو في كسبه على ما سبق بآدنه في نكاح الاماء، فإذا حصل لفسخ وغرم السيد المهر يرجع به على المدلس ويكون للمولى لا لآدنه؛ لأن العبد لا يملك.

ولو اعتق العبد قبل لفسخ لم يحصل الفسخ بالسبب المذكور فالأقرب عند المصنف أن الرجوع بالمهر في هذه الحالة على المدلس للمعتق.

ووجه القرب: إن الأصل في لعوض وجوبه على من ملك المعوض، فإن ذلك مقتضى المعاوضة، وإنما يجب على غير المعارض كما في المملوك إذا روجه مولاه فإنه لا يملك شيئاً، فإذا وقع النكاح باذن المولى وجب عليه المهر لتلا يلزم الاضرار بالزوجة.

وكذا إذا زوج الأب ابنه الصغير المعسر، فإذا دفع الأب والمولى المهر كان دفعه عن الابن والعبد، لأنه وإن وجب عليها إلا أن الوجوب بالنحمل للمعارض، فإذا طلق الابن بعد بلوغه رجع نصف المهر إليه لأن دفعه نحوه في قوة طهه له وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

وكذا القول في العبد إذا طلق بعد عتقه فإنه يستحق نصف المهر، ولأن المهر قد خرج عن ملك المولى بدفعه إلى الروحة ومنكته، فإذا اقتضى الفسخ ملكه كان ملكاً مبتدأ ناشئاً عن إخراج المعوض عن الملك فيكون للمعتق؛ لأنه في مقابله، ولأن وجوبه بسبب فسخ النكاح وهو متعلق بالمعتق، ولا تعلق للمولى به فيكون له كسائر ما يكتسبه بعد الحرية؛ لأن المانع من ملكيته - وهو رقه - منتف.

ويحتمل عوده إلى المولى؛ لأن المقتضي لوجوبه - وهو العقد - وقع مترزلاً فيكون وجوبه مترزلاً، فإذا حصل الفسخ عاد إلى المولى، لعدم انقطاع علاقته به. وفيه ضعف؛ لأن وجوبه ثبت واستقر بالدخول وانقطعت علاقة المولى عنه، وتزول العقد لا يقتضي ترزله، لأن الواجب بالفسخ غيره.

وقد يوجه الاحتمال بأن المهر لم يدخل في ملك العبد بحال حين دفعه المولى؛ لأنه لا يملك فلا يعود إليه.

وفي نظره لأن وجوبه على المولى بالنحمل عن العبد فله به علاقة، وعدم ملكه إياه لوحود المانع وهو الرقية لا يمنع ملكه إياه بسبب الفسخ الذي هو حقه بعد زوال المانع، ومن هذا يظهر أن ما قرره المصنف قريب.

ثم إن كان الفار الوكيل رجع بالجميع، وإن كانت هي فكذاك تتبع به؛ لأنه ليس برجوع في المهر؛ لأن المهر استحققه السيد ورجوعه يكون في ذمتها.

ولو حصل منها رجع بنصفه على الوكيل حالاً، ونصفه عليها تتبع به.

قوله: (ثم إن كان الفار الوكيل رجع بالجميع، وإن كانت هي فكذاك يتبع به، لأنه ليس برجوع في المهر؛ لأن المهر استحققه السيد ورجوعه يكون في ذمتها، ولو حصل منها رجع بنصفه على الوكيل حالاً ونصفه عليها يتبع به).

بعد تحقق ما سبق ينظر في الفار في كل موضع يحصل الفسخ، وإما أن تكون الأمة، أو وكيلها، أو سيدها.

فإن كان الوكيل رجع عليه بالجميع، عملاً بمقتضى التفرير وكذا إن كانت هي؛ لأن الرجوع عليها ليس رجوعاً بالمهر الذي حقه أن يدفع إلى الروجة؛ لأن المهر استحققه السيد حتى لو كانت عمة باقية لم تسترد، وإما هو رجوع بعوض المهر الذي أوجبه التدليس فلا يسقط عنها منه شيء ولا يطلب منها في الحال؛ لأن ما بيدها للمولى، بل يتبع به إذا اعتقت وأيسرت.

ولو كان التفرير بفعالها أو فعل الوكيل فالفرم عليها، إلا أنه يرجع على الوكيل بالنصف في الحال إن شاء، وأما هي فإنها يرجع عليها بالنصف الآخر إذا اعتقت وأيسرت.

ولا يخفى أن لفظة: (حالاً) في عبارة الكتاب ينبغي أن تكون مخففة؛ لأنها في مقابل الرجوع على الأمة في مستقبل الزمن إذا اعتقت.

وبقي قسم ثالث، وهو ما إذا كان الفار هو السيد ولم يلزم من تفريره عتق الأمة، فإن الرجوع عليه بالمهر إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرأ على أقرب القولين.

ولو أولد كان الولد رقاً لمولاه إن كان المدّلس سيدها، أو أذن لها مطلقاً، أو في التزويج به أو بأي عبد.

ولو لم يكن قد دفع إليه وقع التقاص فيما عدا الأقل المذكور فإنه متحتّم اللزوم ولو لزم تفريده عتقها فلا فسخ.

قوله: (ولو أولد كان الولد رقاً لمولاه إن كان المدّلس سيدها، أو أذن لها مطلقاً، أو في التزويج به، أو بأي عبد).

أي: لو أولد العبد المذكور الأمة التي اشترطت حريتها، فيما أن يكون النكاح باذن مولاه، أما لكونه هو الذي دلّسها، أو لأنه أذن لها في التزويج مطلقاً، بحيث يتناول مروجها بعد أو حرّرها فيكون تزويجها بهذا العبد بدلاً في إطلاق اللفظ أو لأنه أذن لها في التزويج بهذا العبد بخصوصه أو بأي عبد كان. أو لا يكون باذنه أصلاً، فإن كان يادن مولاه فالولد لمولى العبد؛ لأن الولد المحاصل بنكاح المالك لمن لم يادن من الموليين إذا أذن الآخر، وإن أذن أو لم يادن واحد منها فالولد لها معاً. وهذا هنا كلامان:

أحدهما: إن قضية كلام المصنف أن نكاح العبد كان باذن المولى، ولولا ذلك لم يجب المسمى على السيد أو في كسب العبد ولم يكن لفسخ النكاح موقع؛ لأنه حينئذ يكون فاسداً، وعلى هذا فكيف يستقيم قوله: (ن الولد رق لمولى الزوج).

الثاني: ذهب الشيخ في المبسوط إلى أن الولد في الصورة المذكورة حر محتجاً بأن العبد إنما دخل في العقد على ذلك؛ لأن المعروض أنه تزويجها على أنها حرة، وولد الحرة حر وإن كان الزوج رقيقاً، وأوجب عليه قيمة الولد يوم سقوطه حياً لمولى الأمة. وحكى أن في محل وجوبها ثلاثة أقوال: أحدها في كسبه، والثاني في رقبته، والثالث في ذمته<sup>(١)</sup>.



د: لو غرته المكاتبة، فإن اختار الامساك فلها المهر، وإن اختار  
الفسخ فلامهر قبل الدخول، وبعده إن كان قد دفعه رجع بجميعه أو به،  
إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهراً، وإن لم يدفع فلا شيء أو يجب الأقل.

قال المصنف في التحرير: وهذه الأقوال للجمهور، وقد حكى المصنف في  
التحرير قول الشيخ<sup>(١)</sup> ولم يصرح باختيار شيء، وكلامه وكلام المصنف هنا محل النظر  
والتأمل، واعلم أن حكم المدبرة وأم الولد حكم القنة

قوله: (لو غرته المكاتبة: فإن اختار الامساك فلها المهر، وإن اختار  
الفسخ فلا مهر قبل الدخول، وبعده إن كان قد دفعه رجع به أو بجميعه،  
إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهراً، وإن لم يدفعه فلا شيء أو يجب الأقل).

أما وحوب المهر مع حصار الامساك، فإنه قد رضي بالمكاح حيثنذ فيجب  
المسمى، وإن اختار الفسخ وقد دخل ودفع المهر رجع عليها به لتدليسها، وعلى القول  
الآخر يستثنى لها أقل ما يمكن أن يكون مهراً؛ لأن الوطء المحترم يجب أن لا يخلو  
عن عوض، وقد تقدم الكلام عليها مستوفى.

ومع عدم الدفع فهل يجب دفع الأقل أم لا يجب شيء أصلاً؟ فيه القولان،  
وإنما افرد المكاتبة لأنها كالحرّة في ذلك، فإن المهر حق لها كالحرّة؛ لانقطاع سلطنة  
المولى عنها مع كونها رقيقة، بخلاف القنة ومن جراً مجراها؛ لأن المهر في نكاحهن  
للمولى لا لهن، فإذا اقتضى التفريز الرجوع عليهن رجع بجميع المهر، إلا أن مقتضى  
التفريز الرجوع على السيد، فإنه يرجع عليه بما عدا الأقل على الخلاف، والأمر في  
المكاتبة كالحرّة وإليه الإشارة بقوله: (ولو غره الوكيل رجع عليه بالجميع).

فإن الوكيل صادق على السيد، لأنه لا يجوز له ترويحها إلا بأذنهما، واعلم أن  
الضمير في قوله في أول البحث: (لو غرته المكاتبة) يرجع إلى ما دل عليه سوق

ولو غره الوكيل رجوع عليه بالجميع. ولو أتت بولد فهو حر؛ لأنه دخل على ذلك ويغرم قيمته، ويتبع في الاستحقاق أرش الجناية على ولد المكاتبة.

الكلام، وهو المتزوج بها، ويظهر منه أن الزوج حر، فإن المفهوم من قوله: (إن كان قد دفعه رجوع بجميعه) ذلك، وكذا ما بعده.

قوله: (ولو أتت بولد فهو حر) لأنه دخل على ذلك ويغرم قيمته، ويتبع في الاستحقاق أرش الجناية على ولد المكاتب.

أي: لو أتت المكاتبة المتزوجة بحر على أنها حرة بولد فالولد حر؛ لأن الزوج دخل في العقد على ذلك، لأنه وقع على أنها حرة، ولأنه لو وطأ أمة الغير طأ على أنها أمة أو زوجته الحرة كان الولد حراً فهذا أولى؛ لاستثناء الشرط ثم وثبوتها هنا، لكنه يعرم قيمته؛ لأنها رقيقة في الواقع، فيكون باستيلاده أباً لها قد هوته على المولى.

ولا فرق في ذلك بين أن ينتخير العقد أو الفسخ، ويرجع بها على الغار؛ لأنه لم يدخل على ضمانها، بخلاف المهر فإنه إذا لم يفسخ الكاح لم يرجع به؛ لأنه دخل على ضمانه عوضاً لمافع البضع، وفي مستحق هذه القيمة حلاف مبني على أن المستحق لأرش الجنابات على ولد المكاتبة هل هو السيد أو الأم.

فإن قلنا السيد فالقيمة هنا له، فإن كان الغار الوكيل رجوع عليه الزوج بكاملها، وإن كانت هي رجوع عليها بما في يدها؛ لأنه كالدائن عليها.

وإن قلنا الأم فكذا هنا، فإن كان الغار الوكيل رجوع عليه بجميعها، وإن كانت هي وقع التقاص.

واعلم أن الضمير في قول المصنف: (ويتبع في الاستحقاق...) يرجع إلى القيمة، ومعناه أن القيمة تتبع أرش الجناية في استحقاق المستحق، فمن ثبت كونه المستحق للأرش في الجناية فهو المستحق هنا بغير تفاوت.

ولو ضربها أجنبي فألقته لزمه دية جنين حر لأبيه، فإن كان هو الضارب قتلأقرب إليه دونه، وإلا فلامام، وعلى المغرور للسيد عشر قيمة أمة إن قلنا إن الأرض له.

قوله: (ولو ضربها أجنبي فألقته لزمه دية جنين حر لأبيه، فإن كان هو الضارب قتلأقرب إليه دونه، وإلا فلامام، وعلى المغرور للسيد عشر قيمة أمة إن قلنا إن الأرض له).

ما سبق حكم ما اذا خرج الولد حياً، أما اذا ألقته ميتاً، فإن كان بغير جنابة جان فلا شيء على الروح؛ لأنه لا قيمة للميت، نعم لو تقصت لزمه أرض بقصها وإن كان بجناية جان، فإن كان الحامي أجنبياً لزمه مع الكفارة دية جنين حر؛ لانعقاده حرّاً، وسيأتي بيّانها في النهاية إن شاء الله تعالى.

ويستحقها أبو الجنين وهو المغرور دون الأم، لأنها مكاتبة فلا ترث، وحينئذ فيضمن دية جنين أمة وهي عشر قيمة الأم للسيد أو المكاتبة على اختلاف القولين؛ وذلك لأن الجنين في هذه الحالة انفصل مضمواً للمغرور فيضممه، لأنه يقوم له فيقوم عليه، كما أن العبد الحامي إذا قتل تعلق حق المحنى عليه بقيمته، ولو مات لم يكن على السيد شيء<sup>(١)</sup> في قول؛ لأن المغرور لا يضمن، لأنه لا قيمة للميت، واختاره الشيخ في المبسوط<sup>(٢)</sup>، والمصنف في التحرير<sup>(٣)</sup>.

إذا تقرر ذلك فعشر قيمة الأم لا يخلو، إما أن يكون بقدر دية جنين الحر، أو أنقص. فإن كان بقدرها أو أنقص فلا بحث في كونه هو الواجب، وإن كان أكثر فوجهان:

(١) في نسخة من: «لم يكن عليه شيء».

(٢) المبسوط ٢٥٧٤.

(٣) التحرير ٣٠٢.

هـ: لا يرجع بالغرامة على الفار إلا بعد أن يغرم القيمة أو المهر

أحدهما: وهو الظاهر من عبارة المصنف حيث اطلق وجوب العشر؛ لأنه لو انفصل رقيقاً بالجناية لوجب على الجاني عشر قيمة الأم، فإذا قوت ذلك غرمه لمستحقه من السيد والأم، كما أنه يستحق قيمته عند انصاله حيواناً زادت على الدية والثاني. إنه ليس له إلا قدر دية الجنين الحر، لأن سبب غرامة الميت هو الحماية الموجبة لدية جنين الحر، فلا يزيد المخرج على أصله لئلا يكون الواجب أقل الأمرين. وهذا بناء على إمكان زيادة دية جنين الأمة على جنين الحرة أو وجوب العشر، وتحقيقه في بابه هذا إذا كان الجاني أجنبياً، فإن كان هو المخرج لزمه دية جنين حر ولا يرثها؛ لأنه قاتل بل يكون لمن يليه في الاستحقاق وهو الأقرب إليه، فإن لم يكن غيره فهي للامام عليه السلام وعليه عشر القيمة كما اطلقه المصنف، أو أقل الأمرين منه ومن دية جنين الحر على ما سبق.

وعلى ما اختاره الشيخ في المبسوط<sup>(١)</sup> والمصنف في التحرير<sup>(٢)</sup> من عدم وجوب شيء سوى دية الجنين الحر لا يجب العشر، فإن أوجبناه فهو للسيد إن قلنا أرش الجناية على ولد المكاتب للسيد، ولى ذلك شار المصنف بقوله: (وعلى المغرور للسيد عشر قيمة أمة إن قلنا إن الارش له).

ومراده بذلك وجوب العشر في الصورتين المذكورتين، وهما لقاء الجنين بضرب الأجنبي لها، والقاؤه بضرب الزوج، وسكت عما إذا لم نقل بأن الأرض للسيد استثناء بقوله فيها تقدم: (ويتبع في الاستحقاق أرش الجناية على ولد المكاتب).

قوله: (لا يرجع بالغرامة على الفار إلا بعد أن يغرم القيمة أو المهر

(١) لمبسوط ٤: ٢٥٧

(٢) لتحرير ٢: ٣٠

للسيد؛ لأنه إنما يرجع بها غرمه.

للسيد؛ لأنه إنما يرجع بها غرمه).

وكذا لو رجع الشاهد ن باتلاف مال أو حناية بعد الحكم لم يرجع المحكوم عليه عليها إلا بعد الغرم.

وكذا الضامن يرجع بعد الدفع، وللمعروف مطالبة الفار بالتخليص من مطالبة المرأة أو السيد، كما أن الضامن يطالب لمضمون عليه بالتخليص.  
هنا أحكام ذكر بعضها استطراداً:

الأول: لا يرجع المعرور على الصادر بالفرامة اللازمة له في هذا الباب جميعه إلا بعد أن يفرمها، فلا يرجع ظلمه على المدلس ولا بقيمة الولد حيث يجبان، وكذا النفقة إن جوزنا الرجوع بها إلا إذا دفع ذلك إلى مستحقة لأن سبب الرجوع هو الغرم مع العرور ولا ينعدم لسبب على السبب، وبجوار سقوطه عنه بإبراء وبمحوه.

ويمكن أن يكون هذا لحكم معصفاً بمسألة المكاتبه لاتصالها بها، ولأن قيمة الولد مذكورة في هذه المسألة وحكم باقي مسائل الباب يستفاد بالملاحظة.

الثاني لو شهد الشاهدان على سنان باتلافه مالا لآخر، أو بصدور جناية منه عليه، فحكم الحاكم بذلك لعذالتها عنده، ثم رجعا عن الشهادة بعد الحكم، فعليهما الغرم، لكن إنما يطالبها المحكوم عليه بعد أن يفرم على ما سبق.

الثالث: قد سبق أن لضمار ناقل للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فإنه إذا كان الضمار بادن المضمون عنه استحق الضامن الرجوع عليه، لكن إنما يرجع عليه بعد دفع الدين.

وكذا لحكم إذا ظهر، مستحقاق المبيع بما عزم المشتري الجاهل عوض المنافع التي استوفاهها، فإنه يرجع بها على لبائع، ورجوعه إنما يكون بعد غرمه، وقول

وكذا لو رجع الشاهدان باتلاف مال أو جناية بعد الحكم لم يرجع المحكوم عليه عليهما إلا بعد الغرم، وكذا الضامن يرجع بعد الدفع.

وللمغرور مطالبة العار بالتخليص من مطالبة المرأة أو السيد، كما أن الضامن يطالب المضمون عنه بالتخليص.

و. لو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها، أعلى أو أدون، فالأقرب أنه

المصنف: (وللمغرور مطالبة العار بالتخليص من مطالبة المرأة أو السيد) معناه أن المعروف وإن كان لا يرجع بها يوجب التضرير من الغرم حتى يغرم، لكن له مطالبة العار بالتخليص من مطالبة المرأة بالمهر، حيث تكون حرة أو مكاتبة، أو مطالبة السيد إذا كانت أمة.

وذلك كما يطالب الضامن المضمون عنه بالتخليص حيث يكون الضامن باذنه، فإنه وإن لم يكن له عليه رجوع بالمال المضمون إلا بعد أدائه، لكن له هذا العذر من الارتفاق، وهو مطالبة بالتخليص منه، لأن براء ذمته من المطالبة وقطع السلطنة عنه غرض مطلوب.

والظاهر أن مراده التبيه على استحقاق المعروف مطالبة العار بالتخليص في المسائل الثلاث التي ذكرها، إلا أنه لم يذكر سوى مطالبة المرأة والسيد، وكأنه أخرج ذلك مخرج المثال.

واعلم أن المصنف ذكر في الصياح أنه ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بالتخليص قبل المطالبة، وذكر في استحقاق مطالبة أد طوب لما يعزم اشكالاً، وهنا طلق استحقاقه المطالبة بالتخليص، ولا يستقيم الإطلاق بل ينزل على ما ذ طوب، فيكون رجوعاً عن الاشكال الذي ذكره في الصياح إلى الحرم.

قوله: (لو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها أعلى أو أدون فالأقرب

لا فسخ، وكذا المرأة.

نعم لو شرط أحدهما على الآخر نسباً فظهر من غيره، كان له الفسخ؛ لمخالفة الشرط، وكذا لو شرط بياضاً أو سواداً أو جمالاً.

انه لا فسخ، وكذا المرأة. نعم لو شرط أحدهما على الآخر نسباً فظهر من غيره كان له الفسخ لمخالفة الشرط، وكذا لو شرط بياضاً أو سواداً أو جمالاً.

إذا انتسب الرجل إلى حيلة فعقد له الكاح، ثم ظهر أنه ليس منها، سواء كان أعلى أو أدون، فإذا أن يشترط مع ذلك كونه من القبيلة في عقد الكاح أو لا، فيها مبحثان:

الأول: أن لا يشترط ذلك في العقد، وفي حكمه أقوال للأصحاب.

أ: أنه يبطل بذلك الكاح، احتاره الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup>، وابن الحميد<sup>(٢)</sup>، وابن حجر<sup>(٣)</sup>، وجعله ابن البراج في كتابه رواية<sup>(٤)</sup>.

وسأني أن الرواية لا تدل على لبطلان وإنما تدل على ثبوت الفسخ، ولعل ذلك مرادهم. وكلام المصنف في المختلف<sup>(٥)</sup> يدل على ذلك حيث حكى عن المبسوط مثل ما حكاه عن ابن البراج، فإنه في المبسوط حكى القول بالخيار ثم قال: وقد روي ذلك في اخبارنا<sup>(٦)</sup>.

(١) النهاية: ٤٨٩

(٢) المختلف: ٥٥٥

(٣) الوسيلة: ٣٦٧

(٤) المذهب ٢: ٢٣٩

(٥) المختلف: ٥٥٥

(٦) المبسوط ٤: ١٨٩

ب: عدم البطلان والخيار، اختاره في المبسوط<sup>(١)</sup>، وكذا ابن ادريس<sup>(٢)</sup>، والمصنف هنا، وهو الاصح: لأن الخيار على خلاف لأصل، فيجب التمسك بلزوم النكاح.

فإن قيل: قد روى الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام، قال في رجل يتزوج المرأة فيقول أنا من بني فلان فلا يكون كذلك، قال: «يفسخ لنكاح أو قال ترد»<sup>(٣)</sup> كان الشك من السائل وجه الاستدلال بها أنه حكم بثبوت الفسخ لأجل مخالفة القول المذكور، وذلك يناق في المدعى.

قلنا: لا دلالة فيه: لأن الظاهر من قوله: فيقول إلى آخره أنه تفصيل لعوله يتزوج، على حد قول العاتل: توصاً فتنس وجهه وذراعيه إلى آخره، وقوله: صلى فحرم وقرأ إلى آخره، فيكون الظاهر منه وقوع هذا اللفظ في العقد وذلك غير محل النزاع. ج: ثبوت الخيار إن بان أدنى من المرأة بحيث لا يلائم شرفها، احباره المصنف في المختلف، واحتج عليه بلزوم الضرر لحاصل من الغضاضة والنقص وبالرواية المتقدمة<sup>(٤)</sup>.

فأما الرواية فقد بينا ما فيها، وأما الضرر فلا نسلم بلوغه مرتبة يقتضي ثبوت الخيار، على أنها بتعريضها في استعلاء الحدل وتعويدها على محرد اخباره معرضة نفسها لهذا الضرر، فكيف تسلط على فسخ النكاح بذلك البحث.

الثاني: أن يشترط ذلك في العقد، وحينئذ يثبت الفسخ بظهور الخلاف، صرح

(١) المبسوط ١٨٩: ٤

(٢) «سراير» ٣٠٨

(٣) التهذيب ٤٣٢٧ حديث ١٧٢٤

(٤) المختلف: ٥٥٥



به المصنف وابن ادریس<sup>(١)</sup>، وحكى لشرح الفاضل ولد المصنف فيه لاصح<sup>(٢)</sup>، وقد بينا دلالة الرواية عليه.

إذا عرفت ذلك فهل حكم المرأة حكم الرجل في هذا كله؟ صرح المصنف هنا باستوائتهما في ذلك، وحكاها في المختلف عن ابن الجبید<sup>(٣)</sup> وابن حمزة<sup>(٤)</sup>، وهو واضح وأما الشرط فظاهر؛ لعموم قوله عليه السلام «للمؤمنون عند شروطهم»<sup>(٥)</sup> وأما مع العدم؛ فلا تنفاء المقتضي.

وكذا الحكم فيما لو شرط إحداهما على الآخر بإصاً أو سواداً فظهر ضده. وكذا الحكم فيما لو شرط إحداهما على الآخر حملاً فظهر الخلاف، فإن المشروط يتسلط على الفسخ بذلك، صرح المصنف بذلك، ونص عليه ابن ادریس<sup>(٦)</sup>، إلا أن المصنف ذكر سابقاً اشكالا لو ظهر خلاف لوصف وكاتب على، وكلامه هنا مطلق فيحتمل أنه اعتمد على لتفصيل سابق فاطلق هنا.

ويحتمل أن يكون رجوعاً عن الاشكال إلى الجزم بنسب الخيار والظاهر أن اشتراط الصيغة كاشتراط القبيلة وفقاً لابن الجبید<sup>(٧)</sup>، ونعريه ما سبق.

(١) لسرائر ٩-٢

(٢) مصاح الفوائد ١٩٢٣

(٣) المختلف ٥٥٥

(٤) الوسيلة ٣٦٧

(٥) التهذيب ٢٧٩٦ حديث ٣-١٥، الاستبصار ٢٣٢٣ حديث ٨٢٥

(٦) لسرائر ٩-٢

(٧) المختلف ٥٥٥

### المقصد الثاني: في المهر، وفيه فصول:

الأول: في الصحيح: وهو كل مملوك يصح نقله عيناً كان أو منفعة، وإن كانت منفعة حر كتعليم صنعة، أو سورة، أو عمل محلل، أو اجارة الزوج نفسه مدة معينة على رأي، سواء كانت معينة أو مضمونة.

### قوله: (المقصد الثاني: في المهر وفيه فصول.

الأول: في الصحيح: وهو كل مملوك يصح نقله عيناً كان أو منفعة وإن كانت منفعة حر كتعليم صنعة أو سورة أو عمل محلل أو اجارة الزوج مدة معينة على رأي، سواء كانت معينة أو مضمونة).

المقصد الثاني من توابع النكاح في المهر، وأما كان المهر من التوابع لأنه ليس ركناً في العقد، ولقد يجوز انحلاؤه منه بل اشتراط عدمه

ومما أساء منها الصدقة، قال الله تعالى ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾<sup>(١)</sup>.

ومما الأجبر، قال تعالى: ﴿فآتوهن أجورهن﴾<sup>(٢)</sup>.

ومما العليقة، روي أنه صلى الله عليه وآله قال «ادوا العلائق» قيل: وما

العلائق؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون»<sup>(٣)</sup>.

ومنها العمر، ومنها السحلة، والمحبي، والفريضة، والصداق، يقال اصدقتها

ومهرتها، ويقال: أمهرتها أيضاً.

والمهر وإن لم يكن ركناً في اسكاح، لا أن الواجب تسميته مهراً، لثلاث يشبه

نكاح الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وآله، وليكون ادفع للخصومة والمنازعة.

وليس للصداق مقدر، بل كل ما يتمول بجور حمله صدقاً، وبعض العامة قدره بنصاب

(١) النساء: ٤

(٢) النساء: ٢٤

(٣) سنن البيهقي ٢٣٩٧، عولي لثلاثي ٢٢٩٦ حديث ١٢٤

## السرقعة<sup>(١)</sup>.

وقد ضبطه المصنف بأنه: (كل مملوك يصح نقله، عينا كان أو منفعة).  
 واحترز به (المملوك) عما لا يملك أصلاً، وعما هو مملوك للغير، وبما يصح نقله  
 عن الوقف وما جرى مجراه، ولا بد من تقييده بكونه بحيث يعد مالا في العادة، فحبة  
 الحنطة ونحوها مملوك يصح نقله ولا يجوز جعله مهراً؛ لكونه لا يعد مالا.  
 ولا فرق في ذلك بين العين والمنفعة؛ لأنهم مال، حتى منافع الحر كتعليم صنعة  
 محللة، أو سورة من القرآن، وما يؤولها بما يقع عليه الإجارة، أو غيره من الحكم والآداب  
 والشعر، أو عمل مقصود محلل، أو إجارة الزوج نفسه مدة معينة، سواء تشخص زمانها  
 أم لا.

ولا خلاف في ذلك كله، سوى لعقد على منفعة الزوج، فإن الشيخ رحمه الله  
 في النهاية مع من العقد على المرأة على عمل من الزوج لها أو لوليها<sup>(٢)</sup>، وتبعه ابن  
 البراج في الكامل<sup>(٣)</sup>، وهو الظاهر من كلام ابن حمزة<sup>(٤)</sup>.

وذهب الشيخ في المبسوط<sup>(٥)</sup> والخلاف<sup>(٦)</sup> والمفيد<sup>(٧)</sup>، وابن الجنيد<sup>(٨)</sup>، وسلا<sup>(٩)</sup>.

(١) قال أبو حنيفة: أظن المفتي لا ين قضاة ٥:٨. لشرح الكبير ٥:٨

(٢) النهاية: ٤٦٩

(٣) ذكره في المذهب ٢٠١٢

(٤) الوسيلة: ٢٤٧

(٥) المبسوط ٢٧٣٤

(٦) الخلاف ٢٣ مسألة ٣ كتاب الصداق

(٧) المفيد: ٧٨

(٨) المختلف: ٥٤٣

(٩) المراسم: ١٥٢

وأين ادريس<sup>(١)</sup>، والمحقق نجم الدين<sup>(٢)</sup>، وكثر الأصحاب إلى الحوار واختاره المصنف وهو الأصح.

لنا: إن الأصل الحواز، ولأن المقتضي بلصحة - وهو كونها منفعة مقصودة محللة - موجود والمانع مستفٍ إذ ليس إلا كونها منفعة الروح وهو غير صالح للمناعة. وما تضمنته رواية سهل بن سعد الساعدي في التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وآله من تزويجه إياها بما معه من القرآن<sup>(٣)</sup> وحده الاستدلال بها: أنه جعل القرآن الذي صدقاً لها، وهو غير ممكن، فالظاهر أنه جعل الصداق تعلمها إياه.

وما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت زوجي، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من هذه»، فقال رجل: أنا يا رسول الله زوجيها، فقال: «ما تعطونها»، مالي شيء، فقال: لا، فأعادت فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله عليه وله فلم يبق أحد غير الرجل، هكذا ثلاثاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة: «اتحسن شيئاً من القرآن؟» فقال: نعم، فقال: «قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن تعلمها إياه»<sup>(٤)</sup>.

وهذا نص في الباب، وعمومات الكتب والسنة يتناول ذلك.

احتج الشيخ بأن ذلك ربه أفضى إلى عراه البضع عن العرض بموته أو عجزه، وذلك باطل وبها رواه أحمد بن محمد في القوي عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألت عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط أجارة شهرين، فقال: «إن موسى عليه

(١) اسرائر ٣٠٦

(٢) لشرائح ٢٢٤: ٢

(٣) سنن البيهقي ٢٣٦: ٧، سنن الدارقطني ٢٤٧: ٣ حديث ٢١، سنن بن دود ٢٣٦: ٢ حديث ٢١١١

(٤) انكافي ٢٨٠: ١٥ حديث ٥، التهذيب ٢٥٤: ٧ حديث ٦٤٤٤

ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح، فإن أسلم أحدهما بعد

السلام قد علم أنه سيثم له شرطه، فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفي،  
وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يتزوج المرأة على  
السورة من القرآن وعلى القبضة من الحسطة<sup>(١)</sup>.

والجواب بعد تسليم السند أن هذا لازم في كل مهر شخصي، والجواب في الكل  
وأحد.

واجاب ابن ادريس بأن شعبياً استأجر موسى عليه السلام ليرعى له لا  
لابنته، وقد كان هذا جائزاً في مجرمهم وليس أحائر في شرعنا، والمتنازع فيه ها هو  
إجارة الزوج نفسه لها فليس من ذلك في شيء<sup>(٢)</sup>.  
ولقائل أن يقول: إن الظاهر من الرواية أن المانع من الصحة هو عدم العلم  
ببقائه.

وكيف كان فالشهور هو المذهب، ثم رجع الى عبارته الكتاب واعدم أنه أراد  
بالعين ما قابل المنفعة، سواء كانت متعينة أو مضمونة في الذمة.

ولا ريب أنه يشترط في جمل تعليم الصفة مهراً كونها محللة وليس جوار صداق  
تعليم القرآن مقصوراً على السورة وإن لم يذكر غيرها، نعم يشترط أن لا يكون لقلته  
بحيث لا يقابل بأجرة، وأراد بإجارة لزوج نفسه ضرباً من المجاز، وهو العمل الذي  
شأنه أن يستأجر عليه، وكما تضبط لمنفعة بالمدة كذا تضبط بالتميين كبناء جدار  
ونحوه.

قوله: (ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح، فإن أسلم أحدهما

(١) الكافي ٤: ١٦٠ حديث ١، التهذيب ٣: ٣٦٦ حديث ١٤٨٢

(٢) السر ٣٠٠

الدفع يرى الزوج، وقبله تجب القيمة عند مستحليه، سواء كان معيناً أو مضموناً.

ولا يتقدر المهر قلة وكثرة على رأي، ما لم يقصر عن التقويم كحبة

بعد الدفع يرى الزوج، وقيل تجب القيمة عند مستحليه سواء كان معيناً أو مضموناً).

إذا عقد الدميان ومن جرى مجراها على ما لا يصح فملكه للمسلم كالخمر والخنزير صح فيها بينهم، فإن أسلم أحد الزوجين بعد دفع المهر المعقود عليه فلا شيء عليه للزوجة؛ لأن الزوج قد يرى بها دفعة قبل الإسلام، وفي قول لبعض العامة أن لها مهر المثل؛ لفساد ذلك القبض<sup>(١)</sup>.

ولا فرق في ذلك بين كون المسلم هو الزوج أو الزوجة؛ لأن المسلم لا يجوز له دفع الخمر ديناً ولا قبوله كذلك، وإن كان إسلامه قبل الدفع لم يجوز دفع المعقود عليه، ثم ما الذي يجب؟ الأصح أنه تجب القيمة عند مستحليه، ويحتمل وجوب مهر المثل، ويحتمل وجوب المتعة بالطلاق قبل الدخول، وقد سبق تحقيق ذلك في نكاح الكفر ولا فرق في ذلك بين كون المهر لمحرماً معيناً أو ديناً مضموناً في الذمة.

وذهب بعض العامة إلى أنه لا شيء لها؛ لأنها رضيت بالخمر فبعدم عليه حكم رضاها، وقد تعذر القبض بالإسلام فسقطت المطالبة<sup>(٢)</sup>.

وذهب بعض إلى أن المسعى إن كان معيناً وهو محرم لم يستحق غيره ولا رجوع إلى مهر المثل<sup>(٣)</sup>.

قوله: (ولا يتقدر المهر قلة وكثرة على رأي ما لم يقصر عن التقويم

(١) نظر المتن ٢٨٨:٣

(٢) انظر المجموع ١٦، ٣٣٢، المتن ٢٨٨:٣

(٣) نظر المتن ٢٨٨:٣

## حنطة.

## كحبة حنطة).

لا خلاف عند اصحابنا في أن المهر لا يتقدر قلة إلا بأقل ما يملك، وأما الكثرة فالمشهور بين الأصحاب عدم تقديرها، فيصح العقد على ما شاء من غير تقدير ذهب إليه الشيخان<sup>(١)</sup>، وابن أبي عقيل<sup>(٢)</sup>، وسلام<sup>(٣)</sup>، وأبو الصلاح<sup>(٤)</sup>، وابن البراج<sup>(٥)</sup>، وابن ادريس<sup>(٦)</sup>، وعامة المتأخرين<sup>(٧)</sup>، وهو الأصح.

قال المرتضى: انه لا يجوز تجاوز مهر السنة حسنة درهم جيات قيمتها خمسون ديناراً، فمن راد على ذلك رد إلى السنة<sup>(٨)</sup>، وهو طهر كلام ابن الحنيد<sup>(٩)</sup> وابن باويه في الفقيه<sup>(١٠)</sup>.

لنا قوله تعالى ﴿وَأَتَيْتُمْ بِحَدِيثٍ لِّلنَّظَارِ فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾<sup>(١١)</sup> والقطار: المال العظيم من قطرت الشيء إذا رقصه ومنه القطرة وفي القاموس: القطار بالكسر وزن اربعين أوقية من ذهب أو فضة والـ ألف دينار أو ألف ومائتا أوقية، أو سبعون ألف دينار، أو ثمانون ألف درهم، أو مائة رطل من ذهب أو فضة، أو ألف دينار أو مئة مسك تور ذهباً أو فضة<sup>(١٢)</sup>.

(١) القصة: ٧٨، المبسوط ٤: ٢٧٢

(٢) المختلف: ٥٤٦

(٣) الراسم: ١٥٢

(٤) الكافي في الفقه: ٢٩٢

(٥) المهذب: ٢: ١٩٨

(٦) السرائر: ٣٠٠

(٧) مبهم لمحقق في الشرائع ٢: ٥-٣، والشهيد في القصة: ١٩٥

(٨) الانتصار: ١٢٤

(٩) المختلف: ٥٤٦

(١٠) الفقيه: ٣: ٢٥٢

(١١) التاج: ٢٠

(١٢) القاموس المحيط: ٢: ١٢٢





وليس ذكره شرطاً، فلو أدخل به أو شرط عدمه صح العقد، فإن دخل فلها مهر المثل.

وإنما يفيد ذكره التعيين والتقدير، فيشترط في صحته مع ذكره التعيين، إما بالمشاهدة وإن جهل كيـله أو وزنه كقطعة من ذهب وقبة من طعام، أو

ابن عمر ضعيفة، فإن في طريقها محمد بن سنان، قال الشيخ: إنه مطعون عليه ضعيف جداً، وما يختص بروايته ولا يشركه فيه غيره لا يعمل عليه<sup>(١)</sup>، هذا كلام الشيخ، وحملها المصنف في المختلف على الاستعيب، قال مع الريادة يستحب الرد بالابراء الى مهر الستة فإذا حصل الابراء لم يلزم أكثر منه<sup>(٢)</sup>، وهو حسن.

قوله: (وليس ذكره شرطاً، فلو أدخل به أو شرط عدمه صح العقد، فإن دخل فلها مهر المثل).

لما لم يكن للـكاح معاوضة حقيقة لم يكن ذكر الصداق في العقد شرطاً لصحته، إذ ليس بركن فيه، فعلى هذا لو حصل الإحلال بذكره عمداً أو سهواً أو عقداً مشروطين أن لا مهر صح؛ لعدم المتأني.

لكن إذا دخل بها وجب مهر المثل، والأخبار على ذلك مستفيضة، روى الشيخ عن منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل يتزوج امرأة ولم يفرض لها صداق قال: «لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها»<sup>(٣)</sup>.

قوله: (وإنما يفيد ذكره التعيين والتقدير، فيشترط في صحته مع ذكره التعيين، إما بالمشاهدة وإن جهل كيـله ووزنه كقطعة من ذهب وقبة من طعام،

(١) الصلح بن السبق.

(٢) المختلف: ٤٢٥.

(٣) التهذيب ٣٦٢٧ حديث ١٤٦٦، الاستبصار ٢٢٥٣ حديث ٢١٣.

بالوصف الرافع للجهالة مع ذكر قدره إن كان ذا قدر، فلو أبيهم فسد وصح العقد.

أو بالوصف الرافع للجهالة مع ذكر قدره إن كان ذا قدر، فلو أبيهم فسد وصح العقد).

أي. ليس ذكر المهر شرطاً وإما يفيد ذكره في العقد التعيين والتقدير، وإذا كان كذلك فيشترط في صحة المهر مع ذكره التعيين ليخرج عن الجهالة، ويتحقق التعيين بأمرين:

أحدهما المشاهدة وإن جهل كيله إن كان مكهلاً ووزنه إن كان موروماً فالأول كمية من طعام، ولثاني كقطعة من ذهب، وذلك لأن معظم العرر يدفع بالمشاهدة، وليس المكاح من المعاوضات الحقيقية بحيث يما فيه هذا القدر اليسير من العرر لكن لو تلف قبل التسليم أو بعده وقد ظلمها قبل الدخول امكن وحبوب مهر المثل في الأول، وفي الثاني اشكال.

الطريق الثاني للتعيين: الوصف الرفيع للجهالة، وإما يرفع الجهالة استقصاء الصفات المعتبرة في بيع السلم وقد سبق ذكرها

ويعتبر مع ذلك تقديره إن كان ذا قدر كقفيز من حنطة، بخلاف ما إذا لم يكن تعيينه محتاجاً إلى تقدير كعبد تركي مثلاً، فإن ذكر صفاته كاف في تعيينه، فلو أبيهم الزوجان الصداق بحيث ذكره ولم يعيناه بواحد من الطريقين المذكورين فسد الصداق؛ لأن في النكاح شبه المعاوضة والمجهول بمتنع تسليمه وصح عقد النكاح؛ لما قررنا من أن الصداق ليس ركناً فيه، وأنه يجوز إخلاؤه منه.

ثم أرجع إلى العبارة واعلم أن جملة (وإما يفيد ذكره التعيين) معطوف على جملة: (وليس ذكره شرطاً)، وقوله: (أو بالوصف الرافع للجهالة) معطوف على قوله: (أما بالمشاهدة).

وقوله: (وإن جهل كيله) وصلي لما قبله وفيه لف ونشر غير مرتب؛ لأن القبة

ولو تزوجهن بمهر واحد صح وقسط على مهر الأمثال على رأي.

من الطعام مما له كيل والقطعة من الذهب مما له وزن.

قوله: (ولو تزوجهن بمهر واحد صح وقسط على مهر الأمثال على رأي).

أي، لو تزوج رجل عدة نساء بمهر واحد صح الكاح والمهر؛ لانتفاء الجهالة حيث أن المجموع معلوم ولا يضر جهالة استحقاق كل واحدة منهن، لأن المقد جرى على الكل، واستعلام حق كل واحدة مهر يحصل بأدنى تأمل، فعلى هذا كيف يقسم بينهما؟ للأصحاب في كيفية ذلك قولان:

أحدهما: - واختاره الشيخ في المسوط<sup>(١)</sup>، وتبعه ابن البراق<sup>(٢)</sup> - أنه يقسم بينهما بالسوية، فإن كن ثلاثاً على كل واحدة ثلث المستى، ويوجه ذلك بمعاملة المهر له والتفاضل على خلاف الأصل.

وثانيها: - واختاره المصنف هنا وفي المختلف وغيرها<sup>(٣)</sup>، وجمع من المتأخرين<sup>(٤)</sup> وهو الأصح - أنه يقسط على مهر أمثالهن وتعطي كل واحدة منهن ما يقتضيه لتقسيطه، كما إذا باع عبده وعبد غيره، أو جمع بين بيع وكاح.

وذلك لأن العوض المالي إذا قوبل بعوض متقوم كانت القيمة ملحوظة، ومن ثم تكون زيادة العوض ونقصانه ناشئاً عن زيادتها ونقصانها غالباً، وقيمة البضع إنما هي مهر المثل، فيكون قسط كل واحدة من المستى بحسبه لا بمحالة.

(١) المسوط ٢٩٢: ٤

(٢) المهذب ٢٩٢

(٣) المختلف: ٥٥١، التحرير ٢٢٢

(٤) منهم ولد العلامة في الإيضاح ١٩٥: ٣

ولو تزوجها على خادم أو بيت أو دار ولم يعين ولا وصف، قيل: كان لها وسط ذلك.

قوله: (ولو تزوجها على خادم أو بيت أو دار ولم يعين ولا وصف قيل: كان لها وسط ذلك).

القول المحكي في كلامه هو قول لشيخ في النهاية والمبسوط<sup>(١)</sup>، ويلوح من ابن ادریس اختباره<sup>(٢)</sup> حيث أورده بصيغة ورؤي ولم يرده. ويلوح من عبارة المصنف هنا عدم الصحة، وكذا في المختلف<sup>(٣)</sup>، وتورد في التحرير<sup>(٤)</sup>، وعلى البطلان فيصح السكاح ويجب مهر المثل.

حجة الأول أما على الخادم والست بها رواء الشيخ عن علي بن أبي حمزة قال قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل تزوج امرأة على خادم قال «لها وسط من الخدام» قال: قلت: على بيت قال: «وسط من البيوت»<sup>(٥)</sup>.

وأما على لدار فما رواء الشيخ أيضاً عن ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا عن أبي الحسن عليه السلام: في رجل تزوج امرأة على دار قال: «لها دار وسط»<sup>(٦)</sup>. والجواب: أن علي بن أبي حمزة صحيح لا يستند إلى ما يفرد به، ورواية ابن أبي عمير مرسلّة ومع ذلك لا يمكن العمل بها؛ لأن الوسط من الدور والبيوت والخدام ليس شيئاً معيّنًا مضبوطاً، ولا هو مختلف اختلافاً يسيراً، بل هو في غاية البعد عن الضبط، فإن الأعلى والأدنى من ذلك لا يكاد يوقف عليه.

(١) النهاية: ٤٧٣، المبسوط ١: ٣١٩

(٢) السرائر: ٣٠٣

(٣) المختلف: ٥٥٠

(٤) التحرير ٢: ٣٢٢

(٥) الكافي ٢: ٢٨٦، حديث ٧، التهذيب ٧: ٣٦٦، حديث ١٤٨٥

(٦) التهذيب ٧: ٣٧٥، حديث ١٥٢٠

ولو تزوجها على كتاب الله تعالى وسنة نبيه ولم يسم مهرأ فمهرها خمسمائة درهم.

ولو اصدقها تعليم سورة لم يجب تعيين الحرف، ولقنها الجائز على رأي، ولا يلزمه غيرها لو طلبت.

والوسط إن أُريد به ما بين الطرفين فمعلوم شدة اختلاف اأمراده وتباين قيمها، وإن ذلك مثير للشارع والتخاصم وموقع للعاكم في التعير

وإن أُريد به أوسط ما بين الطرفين فهو بعد، لأن هذا لا يكاد يوقف عليه، فالقول بعدم الصحة والرجوع إلى مهر المثل لا يخرج من قوة، لأن الشارع احكم من أن يشيط الأحكام بما لا يشيط

قوله: (ولو اصدقها على كتاب الله تعالى وسنة نبيه ولم يسم مهرأ فمهرها خمسمائة درهم).

قد تقدم في رواية المفضل بن عمر ما يصلح أن يكون دليلاً على ذلك مضافاً إلى الإجماع، وكذا غيرها من الروايات المقتضية، روى اسامة بن حفص وكان قياً لأبي الحسن موسى عليه السلام قال: قلت له رجل يتزوج امرأة ولم يسم مهرأ وكان في الكلام: اتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه فهاهنا، أو أراد أن يدخل عليها فما لها من المهر؟ قال: «مهر السنة خمسمائة درهم»<sup>(١)</sup> الحديث.

وبشكل ذلك مع جهل الزوجين أو أحدهما بما جرت به السنة من المهر.

قوله: (ولو اصدقها تعليم سورة لم يجب تعيين الحروف ولقنها الجائز على رأي، ولا يلزمه غيرها لو طلبت).

وحده أن تستقل بالتلاوة، ولا يكفي تتبع نطقه، ولو نسيت الآية الأولى عقيب تلقين الثانية لم يجب إعادة التعليم على اشكال.

المراد بالمحروف هنا القراءة كقراءة حمزة وغيره من السبعة أو العشرة على أقرب القولين، والرأي الذي ذكره المصنف للشبخ في المبسوط والنهاية<sup>(١)</sup>، وغيره من الأصحاب<sup>(٢)</sup>.

ووجهه أن النبي صلى الله عليه وآله لم يبين على من عقد له على تعليم شيء من القرآن، ولو كان شرطاً امتنع الإحلال به، فعلى هذا إذا أطلق العقد على تعليم سورة صح وبرى بتعليمها الجائز من القراءات دون كما كان شاذاً، وفي قول نقله جمع من الأصحاب - ولا نعرف القائل به - أنه يشترط تعيين قراءة من القراءات المأثورة؛ لأنها متفاوتة في السهولة والصعوبة، فلو لم يبين لزِم الحرء وضعفه ظاهر، والمذهب الأول

وعلى هذا فلو طلبت غير الجائز على طلاقه لصادق على مطلق القراءات، أو الملقق منها بأن طلبت قراءة خاصة أو نحو ذلك لم يجب عليه الإجابة؛ لأن الواجب أمر كلي، فهو مخير في تعيينه وإيجاده في ضمن أي فرد شاء

ولا يحصى أن جوار الاصداق لا ينحصر في السورة، بل كل ما يعتد به ويكون مقصوداً يصح اصداقه لا نحو قوله تعالى ﴿مذاهمتان﴾<sup>(٣)</sup>.

قوله: (وحده أن تستقل بالتلاوة ولا يكفي تتبع نطقه، ولو نسيت الآية الأولى عقيب تلاوة الثانية لم يجب إعادة التعليم على اشكال).

أي: حد التعليم الذي سبق ذكر جعله صداقاً في الكاح.

ولا ريب أن ما يشترط لصحة الاجارة على المنافع، من تعليم وحياطة وبناء

(١) المبسوط ٢٧٢:٤، النهاية: ٤٦٩

(٢) منهم ابن الجراح في المذهب ٢: ١٩٩

(٣) ابراهيم: ٦٤

وغيرها كاشتراط تقديرها بالعمل أو بالزمان أو بغير ذلك، فيشترط في اصداق المنفعة سواء، ويتحقق التسليم بإيجاد تلك المنفعة وإدخالها تحت يد الزوجة، ولا حفاء في ذلك بالنسبة إلى أغلب المنافع.

لكن في التعليم حفاء بالنسبة إلى بعض الأفراد، وقد حده المصنف باستقلالها بالتلاوة.

ولا شبهة في أن التعليم لا يتحقق من دون الاستقلال بها، فلا يكفي تتبع نطقه وإنما الاشكال في شيتين:

أحدهما: مقدار ما يتحقق بالاستقلال بتلاوة التعليم.

والثاني: مقدار مدة بقاء ذلك الاستقلال حتى لا يقدح فيه تعقب السيان له. أما الأول فلا ريب عندهم في أن الاستقلال بتلاوة ما دون الآية لا يعد تعليمًا وإنما هو مداكرة وإن علمها مقدار ثلاث آيات، فيقتضي كلام الشيخ في المبسوط القطع بأنه يتحقق بذلك التعليم؛ لأن أقل ما يقع به الإعجاز ثلاث آيات مثل سورة قصيرة؛ فإن علمها آية فقط ففي تحقق الإقباض بذلك وجهان، هما طرفا الاشكال في كلام المصنف.

أحدهما: نعم؛ لأن إيجاب تعليم مجموع الآيات يقتضي إيجاب تعليم الآية الواحدة، فإذا أتى به برئت ذمته منه وقواه في المبسوط<sup>(١)</sup>.

والثاني: لا؛ لما قلناه من أن الإعجاز إنما يقع بثلاث آيات، فما يترتب على المجموع لا يترتب على البعض، هذا حاصل ما وجهوا به، وقضيته أن الاثنتين كالواحدة.

وفي كل من الوجهين نظر؛ لأن إيجاب تعليم الآية الواحدة في ضمن مجموع

لا يستلزم براءة ذمة الروح من تعليمها؛ لا تشخصه بالحملة الواحدة بل الكلمة، وكون الاعجاز لا يقع إلا على ثلاث آيات لا يستلزم هي الاقباض عن تعليم ما دون الثلاث، والملازمة غير ظاهرة

وأما الثاني. فلا ريب أن الاستقلال بالتلاوة إذا صار ملكه صدق الاقباض ويحقق البراءة، وإن كان بحيث إذا استقل بتعليم الآية الثانية مثلاً نسبت لأولى فهي تحقق الاقباض به وجهان.

أحدهما: نعم، لأن السيار الطارئ بتفريطها لا يصل بالتعليم  
والثاني: العدم، لأن ما لا ثبات له لا يعد تعليمًا وأقول: إن الظاهر من كلام  
الحماة كالشيخ في الميسوط<sup>(١)</sup>، والمنتخب في التحرير<sup>(٢)</sup> أن كلها لا بعد الاستقلال  
بتلاوته تعليمًا من أنه واحد أو ثلاث على وجه لا يضر عروض النسيان له  
بالإسهار إلى غيره، فيكون الاشكال في كلامه ناظرًا إلى تعيين ما بعد الاستقلال  
بتلاوته تعليمًا خاصة

ولقائل أن يقول: إن المتبادر إلى الأفهام من التعليم في العادة إما التلقين إلى  
أن يصير المحفوظ ثابتًا، أو التدريب بقراءة في المصحف بحيث يستقل بنفسه بالقراءة  
فيه، وبدون الأمرين لا يكاد يصدق التعليم، ولا حفاء في أن المعهود عليه أعني التعليم  
أمر عرفي، فيجب اتباع العرف فيه لا محالة

والذي يقتضيه النظر اتباع العرف في ذلك، فإن كان هناك معنى معلوم واحد  
وجب العمل عليه وإن اضطرب العرف، أو لم يكن هناك معنى واحد اشترط التعيين.  
وينبغي أن يكون هذا البحث إذا كان لمعهود عليه آيات، فلو كان آية واحدة  
أو آيتين فينبغي الجرم بالاكتماء بتعليمها

(١) الميسوط ٤ ٢٧٤

(٢) التحرير ٢ ٣٦



ولو لم يحسن السورة صح، فإن تعذر تعلمها أو تعلمت من غيره فعليه  
الاجرة، وكذا الصنعة.

قوله: (ولو لم يحسن السورة صح).

لو اصدقها تعليم سورة وهو يعلمها فحكمه ما سبق، ولو كان لا يعلمها فإن  
الترم التعليم في الدعة بأن من علي أن يحصل لك تعليم ذلك حار لا محالة، وإن قال،  
علي أن أعلمك أنا ففي الصنعة وجهان:

أحدهما: أنه حرم لمصنفها وقارئه في تحرير أنه يصح، لأنه يمكنه أن  
يتعلمها ويعلم كي لو اصدقها ألفاً وهو لا يملك شيئاً.

والثاني العدم، كما لو اصدقها منعه عبد وهو لا يملكه ويمكن العرق بأن  
منعة العبد المعنى غير مملوكة له وسنحيل نبوها في الدعة، بخلاف موضع النزاع،  
والمنافع أموال فكما يجوز العقد على ما يحصله بالكسب كذا ينبغي أن يجوز على منعه  
يحصلها بالتعليم، وليس القول بالصنعة بذلك لعدم، فعلى هذا إن أمهله إلى أن يتعلم  
فلا بحث، ولا ففي وجوب لصري أن يتعلم أو أجره المثل أو مهر المثل أوجه  
قوله: (فإن تعذر تعلمها أو تعلمت من غيره فعليه الاجرة).

المرد أنه إذا اصدقها تعليم سورة وتعذر تعلمها إما ليلادتها، أو لموتها، أو لموت  
الزوج حيث بشرط كون تعليمه، أو تعلمت من غيره فعليه اجرة المثل؛ لأنها  
عوض التعليم، وهذا أحد الوجهين

والآخر أنه يجب مهر المثل؛ لتعذر المسمى، والأول أقوى؛ لا مكان العوض.  
ولو احتاج في تعليمها إلى مشقة عظيمة وطول زمان زائد على العادة كثيراً  
فليس يبعد الحاقه بالمعسر.

قوله: (وكذا تعليم الصنعة).

ولو عقد مرتين على مهرين والثابت الأول، سرّاً كان أو جهرّاً.  
والمهر مضمون في يد الزوج إلى أن يسلمه، فإن تلف قبله بفعل المرأة  
برىء وكان قبضاً.  
وإن تلف بفعل أجنبي تخرّج بين الرجوع على الأجنبي أو الزوج،  
ويرجع الزوج عليه.

أي وكذا تعليم الصنعة إذا جعله صداقاً في أن تعلمها إنها ينحرف باستقلالها  
بفعلها، وكذا باهي الأحكام التي سبقت جميعها، ولا يكاد يشك في أن تعليم الصنعة  
إنما يصدق عرفاً إذا صارت ملكة.  
ولا يحصى أنه يشترط في الصنعة أن تكون محنة، ومثل تعليم القرآن والصنعة  
تعليم اللغة والحكم والآداب، وما جرى هذا من غير، حتى الشعر إذا لم يكن محظوراً  
قوله: (ولو عقد مرتين على مهرين والثابت الأول، سرّاً كان أو  
جهرّاً).

وذلك لأنها بالعقد الأول نصير روجة يجب المستمى فيه، فيكون العقد الثاني  
باطلاً وأشار بقوله (سرّاً كان أو جهرّاً) إلى خلاف الشافعي، ففي قول له أن المهر  
مهر السر، وفي آخر أن المهر مهر العلانية، ويرل الأول صابه على ما إذا تقدّم العقد  
على مهر في السر، ثم جيء بلفظ لعقد في علانية، بأكثر من مهر السر تجملاً، والثاني  
على ما إذا تواعدوا المهر الأقل سرّاً وعقدوا على الأكثر علانية.  
قوله: (والمهر مضمون في يد الزوج إلى أن يسلمه، فإن تلف قبله بفعل  
المرأة برىء وكان قبضاً، وإن تلف بفعل أجنبي تخرّج بين الرجوع على  
الأجنبي أو الزوج، ويرجع الزوج عليه).

وإن تلف بفعل الروح أو بغير فعل أحد رجعت عليه بمثله، فإن لم يكن مثلياً فالقيمة، فيحتمل أكثر ما كانت من حين العقد إلى حين التلف؛ لأنه مضمون في جميع الأحوال، وحين التلف؛ لأنه مضمون بغير تعد منه. أما لو طالبت بالتسليم فبمفعولها، فعلى الأول يصمته بأكثر ما كانت قيمته من حين العقد إلى حين التلف، وعلى الثاني بأكثر ما كانت قيمته من حين المطالبة إلى حين التلف؛ لأنه غاصب.

---

وإن تلف بفعل الزوج أو بغير فعل أحد رجعت عليه بمثله، فإن لم يكن مثلياً فالقيمة، فيحصل أكثر ما كانت من حين العقد إلى حين التلف؛ لأنه مضمون في جميع الأحوال، وحين التلف؛ لأنه مضمون بغير تعد منه. أما لو طالبت بالتسليم فبمفعولها، فعلى الأول يصمته بأكثر ما كانت قيمته من حين العقد إلى حين التلف، وعلى الثاني أكثر ما كانت قيمته من حين المطالبة إلى حين التلف؛ لأنه غاصب.

#### هنا مسائل

الأولى: مهر قبل تسيمة إلى لروحه مضمون في يد الزوج لا محاب، لكن هل صباه كصاه لمبيع في يد البائع، أم كصاه المفروض بالسوم وما جرى مجراه؟  
المعروف عند أصحابنا الثاني، وصحبها عند الشافعية الأول، ويعبر عن الأول بضمان العقد، وعن الثاني بضمان اليد.

وجه الأول: إن الصدق مملوك بعقد معاوضة، فكان كالعوض في البيع ووجه الثاني: إنه ليس عوضاً حقيقياً، بل الكاح لا يتفسخ بتلفه ولا يفسد بفساده ولا يترزّل بترزله، ولا شيء من الأعراض الحقيقية كذلك. ومن ثم ساء الله تعالى في كتابه صدقة وبهلة، فعلى المذهب لو كان معيماً وتلف بنفسه قبل القبض يكون تلفه على ملك الزوجة، فتجب مؤن تجهيزه لو كان عبداً، ويجب على الزوج مثله لو

كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً.  
وعلى الأول يجب مهر المثل كما لو تلف المبيع في يد المشتري قبل تسليم الثمن،  
فإن البيع ينفسخ ويجب مثل المبيع أو قيمته.  
الثانية إذا تلف الصداق قبل النكاح، فإن كان باتلاف المروجة، أو  
باتلاف الزوج، أو باتلاف أحسبي، أو بغير فعل أحد،  
فإن كان باتلاف المروجة كان بعضهاً منها له، فبعضاً الزوج قطعاً  
وإن كان باتلاف أحسبي تخيرت بين الرجوع بمعرضه على الزوج وعلى الأحسبي  
لا محالة، ولا ينطرق إليه احتمال الانقراض، فإن رجعت على الزوج رجع هو على  
الأحسبي، وإن رجعت على الأجنبية لم يرجع على الزوج.  
وإن كان باتلاف الزوج، أو كان بغير فعل أحد منهم فالواجب هو المثل في  
المثلي والقيمة في القيمي.  
وكل ذلك متفرع على المختار عند الأصحاب، وعلى القول بضمان العقد  
فالواجب مهر المثل إذا كان التلف بغير فعل أحد، وبخيار باتلاف الأجنبية بين  
النفسخ فيطالب الزوج بمهر المثل، وعدمه فترجع على من شاءت منها بالمثل أو  
القيمة.

الثالثة: متى ثبت لها مطالبة الزوج بالقيمة، ففي تعيين القيمة التي يستحق  
المطالبة بها احتمالان:

أحدهما: أعلى القيم وأكثرها من حين العقد إلى حين التلف؛ لأنه مضمون في  
جميع الأحوال، ومن جعلتها زمان علو القيمة، فلا تسقط الرابدة بتجدد النقص.  
والثاني: قيمة يوم التلف؛ لأن العين ما دامت موجودة لا تحجب القيمة قطعاً إنما  
يجب رد العين، ومعنى صيغتها حينئذ كونها بحيث لو تلفت وجب الانتقال إلى البديل

ولو تعيب في يده قبل: تخيرت في أخذه أو القيمة، والأقرب أخذه وأخذ أرشه

فيكون الانتقال اليه حين التلف، وهو الأصح.

وتعليل المصنف هذا الاحتمال بأنه مضمون بغير تعد منه ضعيف؛ لأن التعدي لا دخل له في إيجاب ما لم يقدّم الدليل على وجوبه، فكأنه يلحظ في ذلك أن التعدي يناسبه التغليب، وصححه ظاهر.

ويجيء احتمال ثالث مذكور في نظائره، وهو وجوب قيمته يوم الاصداق؛ لأنها التي يتناولها العقد، والأصح وجوب القيمة حين التلف.

الرابع: الاحتمال المذكوران في تعيين القيمة إما بأتیان على تقدير عدم مطالبة الزوج بالتسليم، أو مطالبتها حيث لم يحصل منه مع، فإن طالبت في محل وجوب التسليم مع.

فعل الاحتمال الأول يضمن أعلى القيم من حين العقد إلى حين التلف. وعلى الثاني يضمن أعلاها من حين المطالبة إلى حين التلف، فإن علل الاحتمال الثاني بانتفاء التعدي وقد ثبت التعدي بالمنع فيجب أعلى القيم من حينه، وقد بينا ضعف ذلك، فالأصح وجوب قيمته حين التلف مطلقاً. قوله: (ولو تعيب في يده، قبل: تخيرت في أخذه أو القيمة، والأقرب أخذه وأخذ أرشه).

القول المحكي قول الشيخ في المبسوط<sup>(١)</sup>، ووجهه أن الصداق مضمون على الزوج، والعقد إنما جرى عليه سلباً، فإذا تعيب كان لها رده والمطالبة بالتسليم، وإن شاءت أخذته.

والأقرب عند المصنف تحتم أخذه والمطالبة بأرشه؛ لأن الموجود حقها، لأن

ولها أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها حتى تقبض المهر، سواء كان الزوج موسراً أو معسراً.

الغرض أن العقد حرى على العين فتأخذه وتطالب ببدل التالف وهو الارش، لأنه مضمون على الروح.

واقول إن قول الشيخ بتحريمها لا أرى له وجهاً على القول بضمان اليد؛ لأن تعيب المعصوب في يد العاصب لا يوجب المهر إياها يوجب الأرش

قوله: (ولها أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها إلى الزوج حتى تقبض المهر، سواء كان الروح معسراً أو موسراً)

لا كلام في أن للروجه أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها إلى الروح حتى تقبض الصداق، إذا كان ذلك قبل الدخول وكان أبهر حالاً، سواء كان المهر عسراً أو مفعلاً معيباً أو في لسمه، لأن في النكاح معنى المعاوضة

ولا ريب أن لكل من المتعاضين الامتناع من تسليم إلى أن يسلم إليه الآخر، فيحرمها الحاكم معاً على التقابض، لعدم الأولوية، بأن يأمر الروح بوضع الصداق عند عدل ويأمرها بالتمكين، ولا يختلف هذا للحكم بالعسار لزوج وإيساره

ويقهم من عبارة ابن ادريس في السرائر إنه ليس لها الامتناع مع الاعسار، لمنع مطالبتها<sup>(١)</sup>.

ويضعف بأن مع المطالبة لا يفتضي رحوب لتسليم قبل قبض العوض إذا تقرر ذلك فمع اليسار يستحق المفعة إذا بدلت التمكين بشرط المهر ويأثم الزوج بالمنع، وفي استحقاتها بذلك مع الاعسار وجهان:

أحدهما: لا، واحتاره شيخنا الشهيد في شرح الارشاد؛ لانتفاء التمكين، إذ هو معلق بأمر ممتنع عادة

### وهل لها ذلك بعد الدخول ؟ خلاف.

والثاني: نعم كما في الموسر؛ لاشتراكها في بذل التمكين بشرط تسليم المهر، وامتناع التسليم عادة لا دخل له في لغرق مع جواز الامتناع.  
قوله: (وهل لها ذلك بعد الدخول ؟ خلاف).

اختلف كلام الأصحاب في أن المرأة إذا سلمت نفسها للزوج فدخل بها، هل لها الامتناع بعد ذلك حتى تقبض المهر؟ على قولين:  
أحدهما: - وهو ظاهر إطلاق الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup>، وظاهر إطلاق ابن البراج في كتابيه<sup>(٢)</sup>، وبه قال المعيد<sup>(٣)</sup> - أن لها ذلك، وهو الذي هوأ في المبسوط<sup>(٤)</sup>؛ لأن المقصود بمقد النكاح منافع البضع، فيكون المهر في مقابلها، ويكون تعلق الوطء الأول به كتعلق غيره.

والثاني - وهو محار الشبع في الخلاف<sup>(٥)</sup>، وأبي الصلاح<sup>(٦)</sup>، والسيد المرتضى في الانتصار<sup>(٧)</sup>، وعامة المتأخرين<sup>(٨)</sup> - إنه ليس لها ذلك، وهو الأصح، للاجماع على أن المهر يستقر بالوطء الأول، فلا يكون لما عده به تعلق، وقد حصل تسليمها نفسها برضاها واستقر المهر، فانحصر حقها في المطالبة دون الامتناع، ولأن النكاح معاوضة، ومضى سلم أحد المتعاضدين العوض الذي من قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه لتسليم العوض الآخر، ولأن منعها نفسها قبل لدخول لأجل المهر ثابت بالاجماع، أما بعده

(١) النهاية: ٤٧٥

(٢) انهدب ٢: ٢١٤

(٣) المعيد ٧٨

(٤) المبسوط ٤: ٣١٣

(٥) الخلاف ١٢٣ مسألة ٣٩ كتاب الصدق

(٦) انكافي في الفقه: ٢٩٤

(٧) الانتصار ١٢٢

(٨) منهم ولد العلامة في الاصحاح ١٩٧٣، والتهجد في الفقه: ١٩٧

ولو كان مؤجلاً لم يكن لها الامتناع، فإن امتنعت وحل لم يكن لها الامتناع على رأي؛ لاستقرار وجوب التسليم قبل الحل.

فلا دليل عليه فينتفي بالأصل، فإن لتسليم حق عليها والمهر حق عليه، والأصل عدم تعلق أحد الطرفين بالآخر، فيتمسك به إلى أن ينبت الدافل وهو منتف هنا  
فرع: لو دخل بها كرهاً فهل حق الامتناع باق بحاله أم لا؟ فيه وجهان.  
أحدهما: لا؛ لصدق القبض.

والثاني نعم؛ لأنه قبض فسد، بعدم حوزة شرعاً فلا يترتب عليه أثر الصحيح، ولأصالة لبقاء إلى أن ينبت الدافل، وليس ثابت  
ولو سلم وفي المحبوه ومن سحري نحوها قبل قبض الصداق فهل لها الامتناع بعد الكمال؟ يحتمل ذلك

ويحتمل أن يقال هل يجب على الولي حبسها حتى تقبض المهر كما في المعاصبات المالية؟ إن قلنا نعم كان لها الامتناع لا محالة.  
قوله: (ولو كان مؤجلاً لم يكن لها الامتناع، فإن امتنعت وحل لم يكن لها الامتناع على رأي، لاستقرار وجوب التسليم قبل الدخول).

ما سبق حكم الصداق إذا كان كنه حلاً وإن طلق العبارة ولم يفيد بالحلول؛ لأن ذكر المؤجل بعده يقتضي ذلك، فأمّا إذا كان كله مؤجلاً فليس لها الامتناع قبل حلول الأجل قطعاً، إذ لا يجب لها عليه شيء حينئذ، فيبقى وجوب حقه عليه بغير معارض، فإن أقدمت على فعل المحرم فامتنعت إلى أن حل الأجل، فهل لها الامتناع حينئذ لي أن تقبضه؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، لمساواته بعد حلوله الحال من أول الأمر، ويظهر من عبارة الشارح الفاضل السيد اساد هذا القول إلى ظاهر كلام الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup>، حيث



وإنما يجب تسليمه لو كانت متهية للاستمتاع، فإن كانت محبوسة أو ممنوعة بعذر لم يلزم.  
ولو كانت صبية فالأقرب وجوب التسليم مع طلب الولي.

قال: للمرأة أن تمتنع من زوجها حتى تقبض منه المهر ولم يعصل بين الحال والمؤجل، لكن المصنف قال في المختلف، إن الخلاف إنما هو في المهر الحال أما المؤجل فلا<sup>(١)</sup>  
والثاني لا لاستقرار وجوب التسليم قبل الحل فوجب استصحابه، ولأنها لما رضيت بالتأجيل بنت أمرها على أن لا حق لها في الامتناع، فبمقتضى ثبوته بعد ذلك لا انتفاء المقتضي، وهو الأصح.  
فرع لو كان بعض المهر مؤجلاً وبعضه معجلاً كان للبعض المؤجل حكم المهر المؤجل والممعجل حكم المعجل.  
قوله: (وإنما يجب تسليمه لو كانت متهية للاستمتاع، فإن كانت محبوسة أو ممنوعة لعذر لم يلزم).

إنما يجب تسليم المهر إذا كانت الزوجة متهية للاستمتاع مستعدة له لا مانع لها منه، فإن كانت محبوسة بحق أو باطل لم يجب عليه تسليمه؛ لأن الواجب هو التسليم من الجانبين، فإذا تعذر من أحدهما لم يجب من الجانب الآخر. وكذا لو كانت ممنوعة لعذر شرعي كالمحرمة والمعتدة عن وطء الشبهة

قوله: (ولو كانت صبية فالأقرب وجوب التسليم مع طلب الولي).

هذا في حكم الاستثناء من إطلاق ما قبله، فإن الصغيرة وهي من لم تستكمل تسعين سنة غير متهية للاستمتاع، فإنه لا يجوز له الدخول بها قطعاً، ومع ذلك فالأقرب عند المصنف وجوب تسليم مهرها بطلب الولي، ولو طلب الزوج تسليمها إليه لما عدا الوطء من الاستمتاع فهي الواجب وجهان:

أحدهما. يجب لأن المبروع الوطء دون غيره، وباقي الاستمناعات حق له  
فيجب التسليم بها.

والثاني: لا؛ لأن الصغيرة ليست محل الاستمناع وامساكها شرعاً حضانة،  
والزوج ليس أهلاً لها، وإنما هي حق للأقرب وإيضاً فإن الروح اذا حلا بها لم يؤمن  
أن ياتيه فتتصرر، وربما أدى ذلك إلى اعصائها وهلاكها. وعلى هذا لو بدلت له على  
هذا الوجه لم يجب قبول.

إذا تقرر ذلك فوجه قوب وجوب التسليم أنه حق ثابت حال طلبه من له حق  
الطلب، فوجب دفعه كغيره من الحقوق الثابتة.

لا يقال: النكاح معاوضة وحكم نكاحات عدم وجوب تسليم أحد العوضين  
إلا مع تسليم الآخر، وصغر الروحة مانع من وجوب تسليمها فلا يجب تسليم الصداق.

لأننا نقول إن الزوج لما عقد على الصغيرة بمهر حال أوجب على نفسه  
العوض في الحال، ورضي بتأخير قبض العوض إلى زمان البلوغ، بناء على القول بعدم  
وجوب تسليمها إلى الزوج، فلم يكن له منع التسليم إلى زمان التسليم كما لو تزوجت  
الكاملة بمهر معلوم مؤجل، فإنه يجب عليه تسليم نفسها قبل قبض المهر.

ويحتمل عدم الوجوب، وهو اختيار الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup>، وجزم به أبو  
لصالح<sup>(٢)</sup>، كما لا يجب تسليم المقة لأن الاستمناع غير ممكن

وضعه ظاهر، لأنه بعقد لنكاح أوجب على نفسه المهر لمن يتأخر الاستمناع  
بها إلى زمان بلوغها، وليست المقة كذلك؛ لأن سبب وجوبها هو التمكين التام دون  
العقد.

ولو منعت من التمكين لا للتسليم ففي وجوب التسليم اشكال.

قوله: (ولو منعت من التمكين لا للتسليم ففي وجوب التسليم اشكال).

أي: لو منعت الروجة نفسها من الروح فلم تمكنه من نفسها وهي مهينة للاستمتاع، والصداق حال تحقق المطالبة به، وعلم بها أن معها نفسها ليس لأجل تسليم المهر، ففي وجوب تسليم المهر على الروح لو طلبته في هذه الحالة شكال يشاء من أن معها نفسها من التمكين إلى زمان تسليم المهر على الوجه الذي قدمناه حق ثابت لها، غير مسقط لوجوب تسليمها لمهر مع نفسها.

ولا فرق بين كون المانع لأجل التسليم أو لأجل غيره، لعدم اختلاف المانع على التقديرين، والاختلاف إما هو في المقتضى.

ومن أن المسحق لها هو المانع لتسليم المهر، لأن ذلك هو مقصي المعاوضة لا المانع لغيره، فإذا منعت لغير التسليم انتهى البذل لمعتر شرعاً في وجوب التسليم.

واعلم أن تحرير الكلام في هذا لمبحث يستدعي موراً

الأول: الزوجان بالسبة إلى تسليم البضع والمهر عند الطلب منها: إما أن يتفقا على التسليم، أو يختلفا فإن اتفقا فلا بحث، وإن اختلفا فإما أن يبذل واحد منهما ما عليه ويمتنع الآخر، أو يعرض كل منهما من التسليم حتى يسلم الآخر فإن بذل أحدهما ما عليه وتمكن الآخر من تسليمه جبر الآخر على التسليم اجماعاً، وإن قال كل منهما: لا أسلم حتى أسلم، فعليه وفي نظائره من المعاوضات ثلاثة أقوال.

الأول: أن يجبر الروح على تسليم لصداق أولاً ثم تسلم نفسها.

الثاني: لا يجبر واحد منهما، لكن إذا يادر أحدهما إلى التسليم أجبر الآخر.

الثالث: أنها يجبران معاً، بأن يؤمر الروح بوضع الصداق عند عدل وتؤمر بالتمكين، فإذا مكنت سلم العدل الصداق إليها.

ولم يذكر لشيخ في المبسوط إلا لقولين الآخرين وقوى الثالث<sup>(١)</sup>، وحكاها المصنف عنه في التحرير<sup>(٢)</sup>، ولم يصرح بقوله ولا رده، والأشهر في جميع المعاضات اجبار المتعاضين معاً على التسليم، وبه صرح شيخنا في شرح الارشاد حتى في النكاح، وكلام المصنف هنا محتمل لكل من لقولين لأول والثالث.

لا يقال: ظاهره الأول: لأن جوهر متعتها نفسها حتى قبض الصدق يقتضي وجوب تسلم الزوج أولاً.

لأننا نقول لا تسلم أن لكن منها الميع إلى أن يتسلم من الآخر، فلا يكون تحوير الميع للروحه إلى زمان القَبْضِ سابقاً لنسيبه منته للزوج.

بعم يظهر من استشكل وجوب تسليم المهر على تقدير منع التمكين لا للتسليم بمرحيع الثالث، إذ لو وجب تسليم لزوج أولاً لوجب عليه التسليم، فإذا سلم هم تسلم احبوت على التمكين ولم يتجه الاشكال

فإن قيل: قوله سابقاً: (وإنما يجب تسليمه لو كانت مهبة للاستمتاع...) يقتضي ترجيح الأول، إذ لا فائدة فيه بدونه.

قلنا: لا يقتضيه، وفائدته أن هذا الحكم ثابت على جميع الأقوال، فهو مجمع عليه.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن معها نفسها لا لأجل تسليم الصداق وإن كان حراماً عليها، إلا أن اجبار الحاكم كلاً منها على تسليم ما عليه على الوجه السابق لا يستقط بذلك، ولا يتعين به الحكم

الثاني. ذكر الشارح لفاضل ولد المصنف لبيان أحد وجهي الاشكال أن

ولو مكنت كان لها الطلب وإن لم يطاء، فإن رجعت إلى الامتناع سقط طلبها، إلا إذا وطأها فإن المهر يستقر بالوطء مرة.

وجوب التمكين موقوف على تقدير وجوب التسليم<sup>(١)</sup>، وهذا إنما يتم على القول بوجوب تسليم الزوج المهر أولاً، وعلى هذا القول يسقط الاشكال؛ لأنه يجب على الزوج التسليم أولاً، فإذا سلم ولم تسلم نفسها أجبرها الحاكم على ذلك.

الثالث: حمل الشارح السيد العبارة على أن الاشكال في وجوب تسليمها نفسها، فيكون تقديرها- ولو منعت من التمكين لا لتسليم المهر اليها ففي وجوب تسليمها نفسها اشكال، وهو خلاف المتبادر من العبارة، ولو أراد ذلك لكان الأنسب أن يقول: ففي وجوب التمكين اشكال.

وكف قدرنا فلا يختلف الحكم، فأمراً الحاكم الزوج بتسليم المهر إلى عدل، ثم يأمرها بالتمكين مع طلب الزوج، لأنه إنما يستحق التمكين بعد بذل المهر قضاءً لحق المعاوضة، فإذا لم تطلبه ابقى في يد العدل إلى أن تطلبه، ولو صرحت بالرضى بهيقائه في يد الزوج أو ذمته ولم يمكن فالظاهر أنها تجبر على التمكين بدون تسليم المهر؛ لأنها اسقطت حقها من تقديم تسليمه.

قوله: (ولو مكنت كان لها المطالبة وإن لم يطاء فإن رجعت إلى الامتناع سقط طلبها، إلا إذا وطأها فإن المهر يستقر بالوطء مرة).

أي: لو بادرت إلى تمكين الزوج من نفسها متبرعة بذلك كان لها طلب الصداق اجماعاً، ويجب على الزوج بذله قطعاً، سواء وطأ أو لم يطاء؛ لأن التأخير منه.

فإن رجعت إلى الامتناع، نُظِرَ فإن كان قبل الوطء كان لها ذلك كما كان قبل التمكين سواء؛ لأن القبض بالنسبة إلى المعقود عليه هو الوطء، وحيثُ يسقط طلبها

ولو دفع الصداق فامتنت من التمكين أجبرت، وليس له الاسترداد.  
 وإذا سلم الصداق فعليه أن يمهله مدة استعدادها بالتنظيف  
 والاستعداد.

للمهر، بمعنى أنه لا يجب على الزوج تسليمه أولاً بل يسلم مع تسليمها كما سبق  
 تحقيقه

ولا يخفى أن هذا لا يتخرج على القول بوجوب مبادرة الزوج إلى تسليم المهر  
 فيكون دليلاً على عدم اختيار المصنف له، وإن كان بعد الوطء فقد حصل القبض من  
 طرف الزوج واستقر المهر جميعه وتعين وجوب دفعه بطلبها، فإن لم يدفعه أجبر عليه  
 لا بحالة، وقد سبق أنها لو ارادت الامتناع لبعضه في هذه الحالة لم يكن لها ذلك.  
 ولا يخفى أن الاستثناء من سقوط الطلب في جميع لأوقات إلا وقد تحقق  
 الوطء، فإن الطلب لا يسقط لاستقرار المهر بالوطء.

قوله: (فلو دفع الصداق فامتنت من التمكين أجبرت، وليس له  
 الاسترداد).

والمراد: أنه لو بادر الزوج وسلم إليها الصداق فامتنت من التمكين ولو من  
 غير عذر أجبرت على التمكين لا محالة، وليس له استرداد الصداق؛ لأنه تبرع  
 بالتسليم فلم يكن له الرجوع، كما لو عمل المديون الدين المؤجل، وعلى القول  
 بوجوب التسليم للصداق أولاً على الزوج له الاسترداد؛ لأن ذلك شرط تسليم  
 العوض، كذا قيل، فعلى هذا يكون مع المصنف بقاء من الاسترداد دليلاً على عدم  
 اختيار هذا القول.

قوله: (وإذا سلم الصداق فعليه أن يمهله مدة استعدادها بالتنظيف  
 والاستعداد).

الاستعداد استفعال من الحديد، وهو هنا كناية عن إزالة الشعر ولو بغير

ولا يمهلها لأجل تهيئة الجهاز، ولا لأجل الحيض ؛ لا مكان الاستمتاع بغير القبل.

الحديد كالاطلاء بالنورة وإن كان أصله لارالة بالحديد وظاهر قول المصنف: (عليه أن يمهلها مدة استعدادها) الوجوب، ولم يقدر المدة، وقدرها الشيخ في المبسوط بثلاثة أيام وقوى وجوبها؛ محتجاً بقوله عليه السلام ونبيه أن يطرق الرجل أهله ليلاً، وبأن العادة حارية بذلك<sup>(١)</sup>، هذا يحصل استدلاله ويؤيده ما روي في الحديث: «مهلوا كي تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة»<sup>(٢)</sup> ولا دلالة في الأخبار على المدة على الوجوب، وذهب في التحرير إلى عدم الوجوب لانتفاء مقتضيه<sup>(٣)</sup>.

ويمكن أن يقال: في ذلك حق للمرأة، لأنه إذا رآها على غير حال الاستعداد لم يؤمن بنفرة منها فيكون مضراً بهاها  
ويمكن القول بالوجوب والتحديد بالحاجة لا بثلاثة أيام، وكيف كان معنى أوجبنا أمهالها لم يجز التعرض إليها حتى تنقضي مدته  
واعلم أن قوله: (بالتنظيف) صحيح؛ لأن المراد تنظيف نفسها بامتشاط وارالة الأوساخ، ولو قال كالتنظيف لكان أوقع.

قوله: (ولا يمهلها لأجل تهيئة الجهاز، ولا لأجل الحيض ؛ لا مكان الاستمتاع بغير القبل).

أي: لا يجب ذلك، فلو طلبت لامهال لأجل تهيئة الجهاز وهو يفتح الحميم والكسر: ما تحتاج إليه العروس لم يجب لاجابة اجماعاً، وبحبرها الحاكم على التمكين

(١) المبسوط ٤: ٢١٤

(٢) سنن أبي داود ٣: ٩٠ حديث ٢٧٧٨

(٣) التحرير ٢: ٣٢

ولو كانت صغيرة لا تطبق الجماع أو مريضة وجب الامهال.

وإنها يتقرر كمال المهر بالوطء، أو موت أحد الزوجين، لا بالخلوة على الأقوى،

من دونه إن ائت. وكذا القول لو كانت حائضاً فطلبت الامهال الى الطهر لا تجب الاجابة؛ لامكان باقي الاستمتاع سوى الوطء في القبل، ولو ظهر من حاله إنه يأتيها في الحيض فلها الامتناع من المضاجعة.

فوله: (ولو كانت صغيرة لا تطبق الجماع أو مريضة وجب الامهال). المراد لو كانت صغيرة لا تطبق الجماع <sup>وإن بلغت تسع سنين وجب امهالها</sup> الى زمان الإطاقة، وكذا لو كانت مريضة لا تطبق معه الجماع، ولم يقيد المصنف المريضة بعدم الإطاقة، وكأنه استعمل بتقيد المعطوف عليه.

ويلوح من اطلاق وجوب الامهال أن الزوج لو طلب التسليم لكل منها وقال لا اقربها الى أن يزول المانع لا يجاب؛ لأنه ربما لا يفي مقتصران. ومثله كلام المصنف في التحرير<sup>(١)</sup>، والشيخ في المبسوط<sup>(٢)</sup>، ولم يتعرض لوجوب تسليم المهر وعدمه لكن صرحوا بعدم وجوب نفقتها حتى تبرأ وتسلم نفسها، وقد يفرق بين النفقة والمهر: بأن النفقة لا تجب إلا بالتمكين، والمهر يجب بالعقد.

قوله: (وإنها يتقرر كمال المهر بالوطء أو موت أحد الزوجين، لا بالخلوة على رأي).

سيأتي إن شاء الله ما بعدمه أن الموجب للمهر إما عقد النكاح أو الفرض أو الوطء، واستقرار الواجب بالعقد أو العرض يكون بأمرين.

أحدهما: الوطء وإن كان حراماً كوطء في الحيض والاحرام، ويدل عليه مع الاجماع أن الوطء بالشبهة يوجب المهر ابتداءً فلئن تفريره في النكاح الصحيح أولى،

(١) المبسوط ٣٦٤: ٤

(٢) التحرير ٣٣٢



ويكفي لذلك الوطأة الواحدة اتفاقاً

والثاني: موت أحد الزوجين، وسبأتي الكلام على موت الروحة عن قريب إن شاء الله تعالى.

وأما موت الزوج فإنه يقرر وجوب جميع المهر عند أكثر الأصحاب، خلافاً للصدوق في المقنع، فإنه أوجب النصف<sup>(١)</sup>، والمذهب وجوب الجميع

لنا: إن الموت لا يبطل الكساح، لأنها ينكحان، وإذا لم يبطل بالموت ولم يبق كان الموت نهاية له، وانتهاء العقد كاستيفاء المفقود عليه فيجب العوض بكامله بدليل الإحارة، وما رواه الحلبي في الصحيحين عن الصادق عليه السلام قال في المولى عنها روحها إذا لم يدخل بها قال «إن كان قد فرض لها مهراً فلها مهره، لدي فرض لها ولها الميراث»<sup>(٢)</sup> الحديث، وغيره من الأحاديث الكثيرة<sup>(٣)</sup>، وفي عدة أحاديث أن لها نصف المهر كما في الطلاق<sup>(٤)</sup>.

ونزلها الشيخ على الاستحباب بمعنى أنه يستحب لها أن لا تطلب أكثر من النصف.

ولا يستقر المهر بالخلوة لتي لا مانع معها من الوطء على الأصح، وقد اختلف أقوال الأصحاب في ذلك فقال الشيخ في النهاية إن الخلوة توجب لمهر على ظاهر الحال، وعلى الحاكم أن يحكم بذلك وإن لم يكن قد دخل، لكن ليس للمرأة أن تأخذ أكثر من النصف مع عدم الدخول، ومنى اثبت الزوج أن بكارتها باقية على حالها لم

(١) المقنع ١٢٦

(٢) التهذيب ١٤٦: ٨ حديث ٥٠٥، الاستبصار ٣١٩: ٣ حديث ١٢١٥

(٣) التهذيب ١٤٦: ٨ حديث ٥٠٦ - ٥٠٩

(٤) التهذيب ١٤٦: ٨ حديث ٥١٠ - ٥١٢

ينزّمه إلّا النصف<sup>(١)</sup>، وتبعه ابن الدراج<sup>(٢)</sup>، وقطب الدين لكبير<sup>(٣)</sup>.  
وقريب منه قول بن الجعيد فإنه أوجب المهر بالخلوة، ولم يجوز للمرأة أخذها  
إذا لم يقع جماع، ولا ما يقوم مقامه من أنزل الماء بعير ابلاج أو لمس عورة أو نظر  
إليها أو قبلة، فإن تنذد بشيء من ذلك خصب كان أو عينا أو فحلاً لزمه المهر<sup>(٤)</sup>.

وقال ابن حمزة إذا حلاها وادعى عدم المراجعة، فإن أمكنه إقامة لينة على  
ذلك فقامها قبلت منه، وإلا فالقول قولها بيمينها<sup>(٥)</sup>.

وقال ابن بابويه في المقنع إذا حلا لزوج لزوجته ثم انكرا معاً المحامعة لم  
يصدها لأنها تنفي عن معها العدة وهو يسمي وجوب المهر<sup>(٦)</sup>.

وحكى الشيخ في المبسوط<sup>(٧)</sup> والخلاف<sup>(٨)</sup> عن قوم من أصحابنا أن الخلوة  
كالدخول يستقر بها المسمى ونحوها عدة، وقال فيها: إلّا أن وجودها كعدمها  
فيجب بالطلاق بعدها نصف الصداق ولا عدة على المرأة.

والى هذا ذهب ابن أبي عقيل<sup>(٩)</sup>، وعدمه المتأخرين، وهو الذي صرحنا باحتيائه  
سابقاً

لما قوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن

(١) نهاية: ٤٧٦

(٢) نهج: ٢٠٤٢

(٣) نهج عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣

(٤) نهج عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣

(٥) الوسيلة: ٤١٩

(٦) مجمع: ١٠٩

(٧) مبسوط: ٣١٨: ٤

(٨) خلاص: ١٢٣ مسألة ٤٢ كتاب الطلاق

(٩) نهج عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣

فريضة فنصف ما فرضتم»<sup>(١)</sup>.

والمراد من المس الجماع اتفاقاً.

وما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال. سمعته يقول:  
«لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج»<sup>(٢)</sup>.

ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، وقد سأله متى يجب المهر؟  
قال: «إذا دخل بها»<sup>(٣)</sup>.

وقول الصادق عليه السلام في رواية محمد بن يحيى «إذا التقى المختاتان  
وحبب المهر والعدة»<sup>(٤)</sup>.

احتج الآخرون بما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «إذا تزوج الرجل  
المرأة ثم خلاها فعلق عليها ياباً أو أرحى سترها، ثم طلقها، فقد وجب الصداق وخلاؤه  
بها دخول»<sup>(٥)</sup>.

وفي معناها رواية إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن علي عليه  
السلام<sup>(٦)</sup>. ولأن المرأة سلمت المهرود عليه تسليماً صحيحاً، فوجب أن يستقر العوض  
كما في تسليم العين المؤجرة مدة الاحارة وإن لم يستفع.

وأجاب المصنف في المختلف بالجمع من صحة الخبرين<sup>(٧)</sup>. وحملها الشيخ على  
ما إذا كان الزوجان متهمين، واستدل على الجمع برواية أبي بصير عن الصادق عليه

(١) البهارة: ٢٣٧.

(٢) التهذيب ٤٦٤ ٧ حديث ١٨٥٩، الاستبصار ٢٢٦ ٣ حديث ٨١٧.

(٣) التهذيب ٤٦٤ ٧ حديث ١٨٦٠، الاستبصار ٢٢٦ ٣ حديث ٨١٨.

(٤) الكافي ١٠٩ ٦ حديث ١، التهذيب ٤٦٤ ٧ حديث ١٨٦١، الاستبصار ٢٢٦ ٣ حديث ٨١٩.

(٥) التهذيب ٤٦٤ ٧ حديث ١٨٦٣، الاستبصار ٢٢٦ ٣ حديث ٨٢٠.

(٦) التهذيب ٤٦٤ ٧ حديث ١٨٦٤، الاستبصار ٢٢٧ ٣ حديث ٨٢٢.

(٧) المختلف: ٥٤٤.

السلام: «أنها لا يصدقان بعد الخنوة على عدم الوطء؛ لأنها تدفع العدة عن نفسها وهو يدفع المهر»<sup>(١)</sup>.

والفرق بين الاجارة والثكاح ظاهر، فإن المذموم في الاجارة تتلف بمضي الزمان، وهما المنفعة تتلف بالاستيلاء دون مضي الزمان.

واعلم أن المصنف في المختلف حقق هذا المقام بحج ما نقله الشيخ عن ابن أبي عمير وارتضاء<sup>(٢)</sup>.

وحاصله ان الموجب لكمال المهر هو الدخول دون الخلوة، لكن الخلوة لكونها مظنة له ولا ينفك عنه غالباً يلزمه كمال المهر مع ادعاء المرأة الدخول، لأنها تدعي الظاهر فيقوى جانبها فيكتفى بهمينها، ولا يقبل من الرجل إلا بالبينة، أما مع تصديق المرأة على عدم الدخول فلا يجب إلا النصف قطعاً

وهذا التحقيق هو الذي حاوله لشيع في النهاية<sup>(٣)</sup>، ومن تابعه<sup>(٤)</sup>، وصرح به ابن حمزة<sup>(٥)</sup>.

وقريب منه ما قاله ابن الحميد<sup>(٦)</sup>، وإن كان في كلامه مخالفة أخرى حيث الحق بالوطء غيره.

وقريب من ذلك كلام ابن بابويه<sup>(٧)</sup>، وإن كان اطلاق قوله بعدم قبول قول الزوجين في عدم الوطء محل نظر، وإسناد قول في ذلك عن رواية أبي بصير

(١) تهذيب ٤٦٥-٧ حديث ١٨٦٥، الاستبصار ٢٢٧٣ حديث ٨٢٣

(٢) المختلف: ٥٤٤.

(٣) نهاية ٤٧٩

(٤) مهم ابن البراج في المذهب ٢٠٤٢

(٥) لرسالة: ٣٥٩

(٦) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣

(٧) تصحيح: ١٠٩

ويستحب تقليله، ويكره أن يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم، وأن يدخل  
بالزوجة قبل تقديمه أو بعضه أو غيره ولو هدية.

ويظهر من كلام الشيخ العمل بها مع التهمة، وللتوقف في ذلك مجال.  
فتلخص من هذا أن أكثر الأصحاب لا يقولون أن الخلوة بنفسها موجبة  
لاستقرار المهر كله

قوله: (ويستحب تقليله، ويكره أن يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم).  
روى اسماعيل بن مسلم عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم  
السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أفصل نساء امتي أصبحهن وجهاً  
وأقلهن مهراً»<sup>(١)</sup>.

وفي حديث آخر عن الحسين بن خالد قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن  
مهر السنة كيف صار خمسمائة أقفال «إن الله تعالى أوجب على نفسه أن لا يكبره مؤمن  
مائة تكبيرة، ويستحب مائة تسبيحة، ويحمد مائة تحميدة، ويهلل مائة تهليل، ويصلي  
على النبي وآله مائة مرة، ثم يقول: اللهم زوجني من الخور العين إلا زوجة الله حوراً  
وجعل ذلك مهرها، ثم أوصى الله تعالى إلى بيته أن يسن مهر المؤمنات خمسمائة درهم،  
ففعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله، وأبها مؤمن خطب إلى أخيه حرمة فبذل له  
خمسمائة درهم فلم يزوجه فقد عقه، واستحق من الله عز وجل أن لا يزوجه حوراً»<sup>(٢)</sup>

واعلم أن ظاهر قوله: (ويكره أن يتجاوز خمسمائة) شمول الكراهية للزوج  
والزوجة، والأخبار لا تنهض حجة على ذلك، وقد روي أن الحسن عليه السلام  
تزوج امرأة اصدقها مائة جارية مع كل جارية ألف درهم<sup>(٣)</sup>.  
قوله: (وأن يدخل بالزوجة قبل تقديمه، أو بعضه، أو غيره ولو هدية).

(١) الفقيه ٢٤٣٣ حديث ١١٥٦

(٢) الكافي ٣٧٦:٥ حديث ٧، التهذيب ٢٥٦:٧ حديث ١٤٥٦

(٣) رواه الشيخ في المبسوط ٤ ٢٧٢

ولا فرق بين موت الزوج قبل الدخول أو المرأة في استقرار جميع المهر، لكن يستحب لها إذا مات الزوج ترك نصف المهر. وقيل: لو ماتت قبل الدخول كان لأوليائها نصف المهر، وليس

بهجيد.

مستند ذلك ما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال «إذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق إليها شيئاً، درهماً فما فوقه، أو هدية من سوق أو غيره»<sup>(١)</sup>.

قال الشيخ: وهذه الرواية ورثت على جهة الألفصل، فأما أن يكون ذلك واجباً أو تركه محظوراً فلا<sup>(٢)</sup>، لما رواه عبد الحميد الطائفي عن أبي عبد الله عليه السلام: من أنه يجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئاً<sup>(٣)</sup>.

وقد اعترض ابن ادريس عبارة الشيخ في النهاية<sup>(٤)</sup> - حيث استحب للرجل قبل الدخول بإمرأته تقديم شيء يستبج به فرجها - بأن الذي يستباح به الفرج هو العقد دون ما يقدمه<sup>(٥)</sup>.

واعتذر لمصنف في المختلف عن ذلك بأنه قصد بذلك التأكيد في الاستحباب، وتابع لفظ رواية أبي بصير المتقدمة<sup>(٦)</sup>.

قوله: (ولا فرق بين موت الزوج قبل الدخول أو المرأة في استقرار جميع المهر، لكن يستحب لها إذا مات الزوج أن تترك نصف المهر، وقيل: لو ماتت قبل الدخول كان لأوليائها نصف المهر وليس بهجيد).

(١) تنهيد: ٢٥٧٧ حديث ١٤٥٢، الاستبصار ٣: ٢٢٠ حديث ٧٩٩

(٢) تنهيد: ٢٥٧٧: دليل الحديث ١٤٥٢

(٣) تنهيد: ٢٥٧٧ حديث ١٤٥٢، الاستبصار ٣: ٢٢٠ حديث ٧٩٨

(٤) نهاية: ٤٧٩

(٥) سرائر: ٣٠٩

(٦) المختلف: ٥٤٣

قد قدمنا أن المختار استقرار جميع المهر بموت كل واحد من الزوجين سواء الرجل والمرأة، وقد ذكرنا خلاف الصدوق في الاستقرار بموت الرجل وبيننا ضعفه وحققنا أنه يستقر به.

وأما موت المرأة فقد ذهب عامة الأصحاب إلى أنه كذلك، وذهب الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup>، وابن البراج في الكامل<sup>(٢)</sup>، وقطب الدين الكينري<sup>(٣)</sup> إلى أنه إنما يجب بموتها النصف خاصة؛ تعويلاً على عدة أشهر، منها رواية ابن أبي عمير في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: في امرأة توفيت قبل أن يدخل بها زوجها ما لها من المهر، وكيف ميراثها؟ قال: «إذا كان قد أمهرها صداقاً فلها نصف المهر، وهو يرثها»<sup>(٤)</sup> الحديث، وغير ذلك من الأخبار<sup>(٥)</sup>.

والمختار ما قدسناه، فقد روى منصور بن حازم في الموثق عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج امرأة وسَمَّى لها صداقاً، ثم مات عنها ولم يدخل بها قال: «لها المهر كاملاً ولها الميراث» قلت: فإيهم قد رويوا عليك أن لها نصف المهر قال: «لا يحفظون عني إنما ذلك للمطقة»<sup>(٦)</sup>.

قال الشارح الفاضل السيد: يحتمل أن يكون مراد الشيخ بقوله لأوليائها النصف من جهة سقوط النصف الآخر عن الزوج بالميراث، لكونها غير ذات ولد بقرينة قوله: كان لأوليائها النصف، وحينئذ لا يبقى بين القولين مناهة.

(١) النهاية: ٤٧١.

(٢) قاله في المذهب أيضاً ٢٠٤.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٤.

(٤) الكافي ١١٩: ٦ حديث ٦، التهذيب ١٤٧٨: ٦٠ حديث ٥٦٠، الاستبصار ٣٤١: ٣ حديث ١٢٢٠.

(٥) الكافي ١١٩: ٦ حديث ٧، ١٠، التهذيب ١٤٧٨: ٦٠ حديث ٥٦١، ٥١٢.

(٦) التهذيب ١٤٧٨: ٦٠ حديث ٥٦٢، الاستبصار ٣٤٢: ٣ حديث ١٢٢٣.

ويكره للورثة المطالبة بالمهر مع الدخول إذا لم تكن قد طالبت به.  
**الفصل الثاني: في الصداق الفاسد، ولفساده أسباب:**  
 الأول: عدم قبولية الملك كالحمر والخنزير مع اسلام أحد الزوجين،  
 وكالحمر، وما لا قيمة له ولا منفعة مباحة فيه.

قوله: (ويكره للورثة المطالبة بالمهر مع الدخول إذا لم يكن قد طالبت به).

روى عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في حديث طويل أن  
 المرأة إذا ماتت بعد أن أقامت مع الرجل إلى أن ماتت لا تطلب صداقها، ثم جاء  
 ورثتها بعد موتها بطهون صداقها: «لا شيء لها»<sup>(١)</sup>. وفي معناها روايات أخر<sup>(٢)</sup>.  
 ونقل الشرح في التهذيب عن بعض أصحابنا أن الدخول يهدم الصداق  
 احتجاجاً بهذه الأخبار، ونزلها الشيخ على أن المرأة لا تعطى المهر في هذه الحالة إلا  
 بالينة<sup>(٣)</sup>، ويلوح من عبارة المصنف أنه نزلها على كراهية المطالبة.  
 قوله: (الفصل الثاني في الصداق الفاسد، ولفساده أسباب:  
 الأول: عدم قبوله الملك كالحمر والخنزير مع اسلام أحد الزوجين،  
 وكالحمر، وما لا قيمة له ولا منفعة مباحة فيه)

من مباحث المهر البحث عن الفساد، ولفساده أسباب حصرها المصنف في  
 ستة:

الأول: عدم قبوله الملك في شرع لاسلام كالحمر والخنزير مع اسلام أحد

(١) التهذيب ٣٥٩٧ حديث ١٤٦٠، الاستبصار ٢٢٢٣ حديث ٨٠٦

(٢) التهذيب ٣٦٠٧ حديث ١٤٦١ - ١٤٦٢، الاستبصار ٢٢٢٣ حديث ٨٠٧ - ٨٠٨

(٣) التهذيب ٣٦٠٧، الاستبصار ٢٢٢٢



فلو تزوج المسلم على حر أو خنزير أو حر بطل المسمى، وقيل العقد. وهل تثبت قيمة المسمى أو مهر المثل؟ قولان، الأقرب الثاني.

الزوجين، بخلاف ما إذا كانا فميين وكذا الحر، سواء كان الزوجان مسلمين أو كافرين. وكذا ما لا قيمة له عند أحد من الناس، ولا منفعة مباحة فيه كالعذرة التجسة ونحوها.

قوله: (فلو تزوج المسلم على حر أو خنزير أو حر بطل المسمى، وقيل: العقد. وهل تثبت قيمة المسمى أو مهر المثل؟ قولان، الأقرب الثاني).

لو تزوج المسلم على حر أو خنزير أو حر، سواء جرى العقد على حر معين معلوم أو خنزير أو حر كذلك، أو على مقدار معين من الخمر في الذمة، بطل المسمى قطعاً لعدم صلاحيته، وفي بطلان العقد من أصله قولان.

أحدهما: - واحتاره الشيخ في لهائه<sup>(١)</sup>، والمعيد في المقنعة<sup>(٢)</sup>، وابن البراج<sup>(٣)</sup>، وأبو الصلاح<sup>(٤)</sup> - أنه يبطل؛ لأن الرضى بالكاح شرط في العقد، وإنما وقع على المسمى وهو باطل فينتفي الرضى، فيكون العقد باطلاً؛ لاستفاء الشرط، ولأن التكاح عقد معاوضة فيبطل ببطلان العوض، ونقول اسافر عليه السلام. «المهر ما تراضيا عليه قل أو كثر»<sup>(٥)</sup>.

ويلزمه بعكس القبض أن ما له يراضيا عليه لا يكون مهراً، ولا ريب أن غير المسمى لم يقع عليه الراضي فامسح كونه مهراً، وقد تقرر امتناع كون المسمى مهراً.

(١) النهاية: ٤٦٩

(٢) المقنعة: ٧٨

(٣) المذهب: ٢٠٠: ٢

(٤) الكافي في العقد: ٢٩٢

(٥) الكافي ٥: ٢٧٨ حديث ٤، التهذيب ٧: ٣٥٣ حديث ١٤٢٨

ولكاح الصحيح لا بد له من مهر سابق أو لاحق، فمنى تحلف عنه لرم بطلانه  
والثاني - واختاره الشيخ في المبسوط<sup>(١)</sup> والخلاف<sup>(٢)</sup> وابن الجبيل<sup>(٣)</sup>، وابن  
حمزة<sup>(٤)</sup>، وابن زهرة<sup>(٥)</sup>، وابن ادريس<sup>(٦)</sup>، والمصنف هنا وفي التحرير<sup>(٧)</sup>؛ لأن المهر ليس  
ركناً في العقد وإنما لركن منه الروحاني، ولهذا حار عرى لعقد عنه، بل اشتراط عدمه،  
وليس ذكر الفاسد اعظم من اشتراط عدمه ولأن الكاح ولصداق غران فلا يعتضي  
فساد أحدهما فساد الآخر، وهذا هو الأصح.

وتوقف المصنف في المحلف<sup>(٨)</sup>

وتجيب عن لأول بأن بطلان مسمى لا يفي أصل الرضى بالكاح، وإلا لم  
يصح الكاح لو تبين كونه مستحقاً  
والمراد في الحديث أن المهر لدى يرد ذكره في العقد، والمعنى أنه لا حد له  
باعتبار القلة والكثرة، بل مناطه الرضى بقربه قوله «قل أو كثر»، ولأن لو جب  
بالدخول في المفوضة لم يترافيا عليه مع أنه مهر.

إذا تقرر ذلك فعلى القول بالصحة ما الذي يجب؟ للأصحاب فيه أقوال:  
أحدها، أنه يجب مهر المثل، حثاه شيخ في الخلاف<sup>(٩)</sup>، وابن حمزة<sup>(١٠)</sup>، وهو

(١) مبسوط ٢٧٢

(٢) خلاف ١٣ مسألة ١ كتاب صداق

(٣) مثله عند العلامة في المحلف: ٥٤١

(٤) توبيله: ٣٤٨

(٥) لعيه ٥٤٨

(٦) لسرير ٣٠

(٧) تحرير ٣١٢

(٨) محلف: ٥٤٢

(٩) خلاف ٣: ١ مسألة ١ كتاب صداق

(١٠) توبيله: ٣٤٨

ظاهر كلام بن ادريس<sup>(١)</sup>، واختاره لمصنفها وفي التحرير<sup>(٢)</sup>، وهو الأصح؛ لأن عدم صلاحية المسمى لئن يكون صدقاً يقتضي بطلان التسمية فيصير العقد خالياً منها، فيجب بالوطء مهر المثل؛ لأنه قيمة البضع

والثاني إنه يجب قيمة الحر أو تحرير عبد مستحليه والحر على تقدير العبودية. اختاره بعض الأصحاب<sup>(٣)</sup>، ووجهه بأن الروحين لما ذكرا في العقد عوضاً كان مقصودهما ذلك عوض دون قيمة لبضع وهو مهر المثل، ولذلك العوض خصوص وهو عيه، وعموم وهو ماله باعتبار مقابلته لبضع وهو متقوم، فإذا لم يمكن اعتبار عيه يصير ذكره في المأليّة فلا يصح التقدير بذلك القدر وإن أُلقي التعيين، فيقدر مالا ويجب قيمته على ذلك التقدير

وردد بأن يقدر المأليّة فيها بمسح ماله تقدير للمحال، فيلزم التقدير كما يلزم التعيين، وفيه نظر؛ لأنه لا يدرم من كونه تقدير للمحال العاؤه وعدم لحظه في تقدير الواجب من العوض المالي. كما يقدر الحر عبداً في الحكومة ليؤخذ الأرض من الدية تلحظ القيمة على تقدير العبودية

ويمكن رده بوجه آخر وهو إنه لما بطل تعيينه لم يكن اعتبار ماله بسبب مقابلته للبضع مستلزماً لوجوب قيمته لأن وجوب المال المخصوص عوضاً إنها يكون بذكره في العقد فيجب مهر المثل.

وفرق الشيخ في موضع في البسوط بين الحر والحر، بأن الحر ليس مالا أصلاً، ومألية الحر متعينة للمسلم لا عيه سمي ولا يسمي على مثله، فقل عن بعضهم

(١) السرائر ٣٠

(٢) التحرير ٣٦٢

(٣) في البسوط ٢٩٠

وجوب مهر المثل في الحر والقيمة في الخمر<sup>(١)</sup>.

واعلم أن طلاق عبارة النصف في قوله: (وهن بيت المسحى أو مهر المثل<sup>٢</sup> قولان) يحتمل وجوب مهر المثل من بعض بعد كما فهم من بعض كلام الشيخ<sup>(٣)</sup>، ويرسد إليه تعليل جماعة بأنه إذا كان العوض قدساً وجب رد العوض الآخر، فإذا تعدرت له لصحة الكاح وجب مهر المثل<sup>(٤)</sup>.

وكذا يرى بعض العامة<sup>(٥)</sup> القول بوجوب مهر المثل أو القمعه، على أن الصديق إذا تلف قبل انقضاء يرحم إلى مهر المثل أو بدل لصدائق، فإن وجب مهر المثل دالم ببق الصدائق فكذلك يجزئ ما لم يصلح المذكور لأن يكون صدقاً

وإن وجب بدل الصدائق هذا فقد بقي بعد تصديق مع فوات لمن اعهداً على المال، وكذلك في الابتداء بحكم ما عقد لصدائق عباداً على المال، وفيه ضعف للفرق بين وجوب البدل بعد وجوب لصدائق للحكم بصحته، وبين بطلان لسميه من أول الأمر بحيث يتعقد لتكاح بدونه

والمصنف في الارصاد قيد وجوب مهر المثل بالمدحول، والشارح لما فصل ولد لمصنف جعل مناط الخلاف فيه يجب من مهر هو بوطه<sup>(٦)</sup>، وفي عبارته مستحقة لأن التقييد بذلك على تقدير مهر المثل ظاهر، ما على تقدير القيمة فلا؛ لا عيار لتسميه على هذا التقدير.

(١) مبوط ٤: ٢٩٠

(٢) خلاف ١: ٣ مسألة ١ كتاب لصدق

(٣) مهم بن حمزة في توبيه ٣٤٨، وابن ابراهيم في لسان ٣٠٠، ومهر محققين في الايضاح ٣: ٢٠٣

(٤) انظر المجموع ١٦: ٣٢٩، المعني لابن قدامة ٢: ٢٤٨.

(٥) ايضاح الفوائد ٢: ٢٢٣

ولو تزوجها على ظرف حل فخرج خيراً صحيح العقد وثبت مهر المثل،  
وقيل: مثل الحل، وكذا لو تزوجها بعد فبان حراً أو مستحقاً

قوله: (ولو تزوجها على ظرف حل فخرج خيراً صحيح العقد، وثبت مهر المثل، وقيل: مثل الحل، وكذا لو تزوجها بعد فبان حراً)

إذا عقد على ظرف حل في رعمها وعينها بإشارة اليد فخرج حراً، فعضية كلام الأصحاب صحة الكاح قولاً واحداً، وأم المهر فلا شبهة في فساده، وفيما يجب ثلاثة أقوال

أحدهم: مهر المثل حذره المصنف وبعض الأصحاب<sup>(١)</sup>، بطلان التسمية بسب عدم صلاحية المستحق، ولد مع رذ لمعوض وهو البصع لصحة الكاح وجب لرجوع إلى قيمته وهو مهر المثل، ويستثنى من يكون وهو به بالدخول لأن صحة الكاح لا يستلزم وجوب المهر

ويحتمل وجوبه بنفس العقد كما سبق الكلام فيه

الثاني: به يجب بقدره حلاً لأنها حيث عقدا على معين كان مرادها ذلك المعين دور مهر المثل، وجب عقداً على المعين على أنه حل فقد تراصا على حل بقدر هذا، لأن الرضى بالحزني تنصص برضى بالكلية، وهو حرؤه، فمع بطلان الحرء - لظهور عدم صلاحيته لكونه بحسب الواقع حراً - معين وجوب الكل، لأنه أحد الأمرين اللذين وقع الرضا فيهما، ولأنه أقرب إلى المعقود عليه، لأنه منه وهو اختيار ابن أديس<sup>(٢)</sup>، وابن المحيد<sup>(٣)</sup> حيث ولا لها ملؤه حلاً وحسنه المعقود ابن سعيد<sup>(٤)</sup>، وقال المصنف في المختلف إنه أقوى<sup>(٥)</sup>

(١) منهم الشيخ في المبسوط ٤: ٢٩٠.

(٢) السرائر ٤: ٣٠٤.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٤٧.

(٤) السرائر ٢: ٣٢٥.

(٥) المختلف: ٤٤٧.

ولقائل أن يقول: إن الكلي الذي وقع عليه لتراضي بالعقد على الجزئي هو لكلي المقترن بالمشخصات الموجودة في ذهن المتعاقدين، وهذا يمتنع بقلوه إذا ارتفعت المشخصات، والمحكوم بوجوبه غيره أعني الكلي في ضمن شخص آخر، وهذا لم يقع التراضي عليه أصلاً ولا تبعاً، فإيجابه بالعقد إيجاب لما لم يراضيا عليه.

وكونه أقرب إلى المعقود عليه مع تسليم صحته لا يستلزم وجوبه؛ لأن المهر الذي يجب بالعقد هو ما تراضيا عليه، ولا يزم من التراضي على أحد المثلين التراضي على الآخر.

الثالث: وحسب قيمة المهر عند منعه، اختاره الشيخ في المبسوط<sup>(١)</sup> والخلاف<sup>(٢)</sup>؛ لأن قيمة الشيء أقرب إليه عند تعذره، ولأنها عقداً على شخصي باعتبار ماليته مع تعذره - لظهور بطلان الظن - وجب المصير إلى المالية، وفيه نظر. لأن الانتقال إلى القيمة فرع صحة لعقد على دي القيمة؛ لأنه لم يقع التراضي عليها.

وامتن الأقوال الثلاثة دليلاً هو الأول، ثم عد إلى عبارة الكتاب واعلم أن قوله: (ولو تزوجها على ظرف خل) يريد به كونه خلّاً في ظنها.

وقوله: (صح العقد وثبت مهر المثل) يحتمل أن يريد به ثبوته بالعقد على حد القول بوجوب مثل المثل، ويحتمل أن يريد ثبوته بالدخول؛ لأنه قيمة البضع فيتوقف ثبوته على استيفائها، كما لو عقدا على غير مهر، ولم يتعرض إلى القول الثالث. وقوله: (وكذا له تزوجها بعد قيان حراً) ينهي أن يريد به ثبوت مهر المثل، ووجوب قيمة الحر على تقدير العبودية، ولا يتصور وجوب المثل لها لا بتفاته.

(١) مبسوط ٤: ٢٩٠

(٢) خلاف ٤: ٣ مسألة ١٠ كتاب المداق.

ولو تزوجها على عيدين فبان أحدهما حراً لم ينحصر الصداق في الآخر، بل يجب بقدر حصة الحر من مهر المثل أو قيمته لو كان عبداً.

قوله: (ولو تزوجها على عيدين فبان أحدهما حراً، لم ينحصر الصداق في الآخر، بل يجب بقدر حصة الحر من مهر المثل، أو قيمته لو كان عبداً).

هذه متفرعة على القولين في المسألة السابقة، وصورتها أنه لو تزوج امرأة وصدقها عيدين بطله فبان أحدهما حراً، بطل الصداق في الحر قطعاً، ولا ينحصر في العبد، لأنها لم ترض به وحده، بل يجب معه ما يقتضيه ضمنية الحر إليه، فيبنى على القولين السابقين في المسألة المتقدمة.

وعلى القول بعدم اعتبار المسمى ووجوب مهر المثل يستعلم مهر المثل، فإذا كان خمسين مثلاً فيسطر قيمة المفقود عليهما معاً على تقدير عبودية الحر، وقيمة الحر منها لو كان عبداً، فإذا كانت عشرة انحصرت من مهر المثل بسببها إلى مجموع القيمتين وهو ثلاثة.

وعلى القول بوجوب قيمة المسمى في المسألة السابقة يجب قيمة الحر على تقدير كونه عبداً مع العبد لاخر قلّت أو كثرت، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله: (بل يجب بقدر حصة الحر من مهر المثل أو قيمته لو كان عبداً).

أي: بل يجب مع العبد الآخر من مهر المثل بقدر حصة الحر من مجموع المسمى، فالجار يتعلق يجب، والمنسوب إليه الحصة وهو المسمى محذوف في العبارة.

واعلم أن المصنف لم يذكر في هذه المسألة احتمال فساد الصداق جميعه، وقد ذكره فيما إذا ضم إلى المعلوم مجهولاً، ولم يتعرض إلى احتمال تسلطها على الفسخ على القول بعدم بطلان الجميع؛ لفوات بعض معمود عليه.

وقد أورد في التحرير عليه اشكالا<sup>(١)</sup>، وعندي في حكمها تردد، فإن القول

ولو اصدقها عينا، فخرجت مستحقة، فإن كانت مثلية فالمثل، وإلا فالقيمة، ويحتمل مهر المثل.

ببطلان التسمية في كل من العبد الحر مع تحقق العرض بعين المعقود عليه وصلاحيته للعقد عنه مشكل، والفول بتلقيق الصدوق من المسمى ومهر المثل مع تناهي مقتضاها أيضاً مشكل، والانتقال إلى قيمة الحر على تقدير العبودية مع عدم تسميته مشكل، فالتوقف أولى.

قوله: (ولو اصدقها عينا فخرجت مستحقة) فإن كانت مثلية فالمثل، وإلا لقيمة، ويحتمل مهر المثل.

هذه أيضاً من مسائل الباب، وصورتها أنه إذا اصدقها عينا فخرجت مستحقة لعير المصدق بطل كونه صداقاً لا امتناع صحه بل مال لعير، وفيما يجب لها وجهان أحدهما: أنه يجب لها مثل تلك لعير، فإن كانت مثلية وقيمتها إن كانت قيمة، لأن العبد والراصي حري على تلك العير وقد بعدايرضاها، لأنها مال العير فوجب بدلها وهو المثل أو القيمة

والثاني: أنه يجب مهر المثل: لفساد التسمية بقصي لبطلان الصداق، وتعذر الرجوع ويلوح من عباراتهم وجوبه بالتسمية، وبه صرح الشارح الفاضل ولد المصنف<sup>(١)</sup>، وفيه نظر، لأن بطلان المسمى ليس تسمية لشيء آخر ولا يقتضيها، وإنما صبح الكاح بمجرداً عن المهر، وقد صرح الشارح السيد بأنه يكون بمنزلة من لم يسم مهراً.

ثم اعلم أن الشارح ولد المصنف ذكر في تحقيقه بدء الوجهين في المسألة على أن الصداق حقيقة أم لا



الثاني: الجهالة، فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمى وثبت مهر المثل؛ لتعذر تقويم المجهول،

فعلى الثاني يجب المثل أو القيمة اعتباراً بأفادة ذكره التقدير بذلك القدر حيث كان التعيين لاغياً.

وعلى الأول يجب مهر المثل، لأن فساد العوض وتعذر الرجوع إلى العوض يقتضي الرجوع إلى قيمة العوض وهو مهر المثل.

ولقائل أن يقول: إن كون الصداق ليس عوضاً حقيقة لا يقتضي أن لا يكون عوضاً أصلاً، فلا يمتنع أن يكون فيه شبهة الأعراض إذا قوبل الصحيح منه بالبضع متعين، ويجب كما يجب سائر الأعراض في عقود المعاوضات، وإن لم يكن في أصله عوضاً فإنه يجوز حلاء العقد عنه، ولا يتوقف صحة النكاح عليه، بخلاف الأعراض الحقيقية.

ولو سلم يلزم منه أن العقود عليه إذا فسد يجب الانتقال إلى بدله ما لم يجر له ذكر ولم يقع عليه تراخي، وإنها يلزم ذلك من صحة النكاح مع فساده، وما سوى ذلك فهو محض دعوى عريّة عن الدليل.

قوله: (الثاني: الجهالة، فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمى وثبت مهر المثل؛ لتعذر تقويم المجهول).

من جهات فساد الصداق المسمى جهالته، فمتى عقد على مهر مجهول كعبد ودابة وشيء بطل المسمى؛ لأن الصديق وإن لم يكن عوضاً في أصله، إلا أنه إذا ذكر في العقد جرت عليه أحكام المعاوضات، والجهالة من موانع صحتها.

وثبت هنا مهر المثل قولاً واحداً؛ لامتناع القول بوجوب قيمة المسمى، لأن المجهول يتعذر تقويمه، وظاهرهم وجوب مهر المثل بنفس العقد كما مر في نظائره؛ لأن فساد المسمى لا يوجب فساد التسمية، لأن أثرها عدم التفويض حيث لم يتراضا على النكاح بغير مهر، ولتنظر فيه مجال.

ولو ضمه إلى المعلوم احتمل فساد الجميع، فيجب مهر المثل واحتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي  
فلو زاد عن مهر المثل لم تجب الزيادة على الأول دون الثاني.

قوله: (ولو ضمه إلى المعلوم احتمل فساد الجميع، فيجب مهر المثل واحتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي، فلو زاد عن مهر المثل لم تجب الزيادة على الأول دون الثاني).  
الثاني من صور الجهالة: ما إذا ضم المعلوم إلى المجهول، وحصل المجموع صداقاً فقه وجهان:

أحدهما: فساد المهر من أصله، لأن المهر هو المجموع الحاصل من المعلوم والمجهول، وهو مجهول، لأن جهالة الجزء يسلم جهالة الكل، لأن العلم بعرض المجهول موقوف على العلم بمسبة المعلوم من الكل، وكذا بمسبة المجهول إليه، وهو ممتنع، فيكون العلم بالصداق ممتنعاً، فيبطل ويحب مهر المثل، وعلى هذا فلا يكون المعلوم من جملة الصداق الواجب، فلا يجب على الزوج دفعه عن مهر المثل بل له دفع غيره.

والثاني، أنه يحتمل المعلوم من مهر المثل، وهذا الوجه يستجمع شيئين: وجوب مهر المثل، وكون المعلوم من المسمى واجباً لزوجته.  
أما الأول؛ فلأن المسمى لما كان بعضه يمتنع كونه من جملة المهر لجهالته، وحجب مهر المثل؛ لأن مقابل البضع إما المسمى أو مهر المثل، ولما امتنع الأول تعين الثاني.  
وأما الثاني، فلأن المعلوم قد ذكر في العقد بخصوصه، والغرض يتعلق بخصوصيات الأموال، ولا دليل على بطلان تسميته من أصله، ولا يلزم من بطلان كون المهر الواجب بالتسمية أن لا يكون محسوباً من مهر المثل.  
وقول الشارح الفاضل ولد المصنف، إن وجوب تعيين مهر المثل يستلزم

اجتماع القیضین، إن أراد به وجوب المعین باعتبار كونها المنهر المسمى فصحيح، وإن أراد وجوبها على أنها من مهر المثل فلا استعانة في ذلك<sup>(١)</sup> إذا عرفت ذلك فالمعلوم: إما أن يكون بقدر مهر المثل، أو زائداً عليه، أو ناقصاً عنه. فإن كان بقدره لم يجب غيره، لانتفاء الموجب، وإن نقص وجب اكتماله لا محالة، وإن كان زائداً وجب الريادة على هذا الاحتمال؛ لأننا صححنا التسمية به على أنه من مهر المثل، بخلاف ما إذا قلنا بطلان المسمى من أصله، وعدم اعتبار التسمية في المعلوم كالمجهول.

وإلى هذا أسار المصنف بقوله (فقد راد عن مهر المثل لم تحب الرئادة على الأول دون الثاني) فإنه يريد بالأول احتمال قساة الجميع، وبالثاني احسان المعلوم من مهر المثل

واعلم أن المصنف ذكر فيما لو صدقها عبيدين فإن أحدهما حرّاً، احتمالين أحدهما. وجوب قدر حصّة الحر من مهر مثل، ولم يتعرض إلى هذا الاحتمال هنا، وكأنه نظر إلى أن المجهول يعتبر بقومه فيتعذر معرفه حصته من مهر المثل، بخلاف الحر على تقدير عيوديته ولو قبل بمحيه. هذا الاحتمال باعتبار أن حصّة لمجهولة من مهر المثل يمكن استعلامها بطريقتين.

أحدهما: أن المسمى لما كان عبدة عن المعلوم والمجهول كان كل منهما مجهولاً جرماً له، والأصل عدم التفاصيل بينهما، فيكون كل واحد نصفاً، كما لو وصى بشيء لزيد والمثل، فإن لزيد النصف في وجهه، فيكون حصّة لمجهول نصف مهر المثل.

والثاني: تقدير المجهول أقل ما يتمول، لأنه مبيع والزائد مشكوك فيه، فإذا جرى المعلوم حرّاً كل منها أقل ما يتمول صم مجهول إليها ونسب إلى المجموع

وأحد له بتلك النسبة من مهر المثل.  
وكيف كان فانا في هذه المسألة من المتوقفين.  
ثم اعلم أيضاً أن الشارح الفاضل ولد المصنف ذكر احتماليين على تقدير  
احسب المعلوم من مهر المثل:

أحدهما. أن يكون أداء لمهر المثل، كما لو شرطاً أداء المسمى، الصحيح من  
مال بهينه.

والثاني أنه يجب لكونه حراً من المسمى، ويجب للحره الآخر وهو المجهول  
حصته من مهر المثل، وستعلم حصته منه بأحد الطريقين اللذين مر ذكرهما، وزعم  
أن قول المصنف: (ولو راد لم يجب الرقادة على الأول) إشارة إلى كون وجوب المعلوم  
لكونه أداء لمهر المثل، وأن قوله (دون الثاني) إشارة إلى إيجاب المعلوم: لكونه جرمًا  
من المسمى<sup>(١)</sup>، وما ذكره رحمه الله فاسد لوجوه:

الأول. أن المصنف لم يذكر في عبارته سوى احتمال فساد الجميع، واحتمال  
احسب المعلوم من مهر المثل، فأرادته الأول والثاني على ما ذكره الشارح<sup>(٢)</sup> إرادة  
لما ليس بمتكبر، بل ولا يدل عليه شيء في كلامه أصلاً، وهو واضح الفساد.

الثاني. أن هذا الذي زعم أن المصنف أرادته ولا دليل عليه فاسد في نفسه؛ لأن  
احسب المعلوم من مهر المثل لا يستقيم إلا على الاحتمال الأول من الاحتمالين  
اللذين ذكرهما دون الثاني، لأن المعلوم على هذا الاحتمال واجب لكونه جزء المسمى،  
وعوض الجزء المجهول حصته من مهر المثل، فلا يكون المعلوم محسوباً من مهر المثل  
على هذا الاحتمال، فكيف يكون منشعباً من احسب المعلوم من مهر المثل

الثالث. أن قوله بعدم وجوب الرقادة عن مهر المثل على الاحتمال الأول من

(١) يصاح لفراند ٢٠٤٣

(٢) يصاح الفرند ٢٠٤٣

ولو تزوج واشترى واستأجر بسط على مهر المثل ونمته وأجرته  
ولو زوجه جاريته وباعها منه بطل النكاح، وسقط من المسمى بنسبه  
مهر المثل.

الاحتالين اللذين ذكرهما غير مستقيم، فإنه مع كونه خلاف مدلول عبارة المصنف لا  
يمنع أن يجب المعلوم لذكره بخصوصه في العقد، فإن ساوى مهر المثل أو زاد لم يجب  
شيء آخر لحصول مهر المثل مع الزيادة، وإن نقص وجب اكماله، فيكون مهر المثل  
واجباً، لعدم التسمية المعتبرة، ويجب الرقابة على تقدير حصولها لثبوت مقتضاها  
وانتفاء ما يدل على بطلانها.

والشارح السيد لم يزد على أن الأول هو حيال الفساد في الجميع، والثاني هو  
احتساب المعلوم من مهر المثل، ولم يصرح على ما ذكره ولد المصنف.  
قوله: (ولو تزوج واشترى واستأجر بسط على مهر المثل وثمانه  
وأجرته).

أي: ثمن المثل وأجرة المثل، وطريق البسط جمع مهر المثل وثمانه وأجرته ونسبة  
كل منهما إلى المجموع، والأخذ من المسمى بنسبة كل إلى المجموع، والضمير في  
(بسط) يعود إلى محذوف مدلول عليه، لأن المراد أنه تزوج واشترى واستأجر بعوض  
واحد.

وتصور ذلك سهل، فإنه إذا روجته نفسها وباعته عبيدها وأجرته دارها سنة  
بهائة تحقق ذلك، وإنما ذكر المصنف هذه المسألة هنا للرد على من يقول بفساد ذلك.  
قوله: (ولو زوجه جاريته وباعها منه بطل النكاح وسقط من المسمى  
بنسبة مهر المثل).

أي: لو روج الولي جاريته من شخص وباعها منه، صح البيع وبطل النكاح،  
ويحتمل بطلانها.

ولو تزوج بها واشترى منها ديناراً بدينار بطل البيع، ووجب مهر المثل. والأقوى ما يقتضيه التقسيط من المسمى.

أما صحة البيع، فلأن المصفي لصحته - وهو النصفة المعتبرة - موقوف، ولا يصر بطلان الكاح، لأنه في قوة عقدين، ولا يلزم من بطلان أحد العقدین بطلان الآخر.

وأما بطلان الكاح، فلأن الروح المدخر ملكه بوجهه على الكاح بعد الحكم بصحته بطل الكاح، فإذا قاربه بطله بطريق أولي.  
وأما احتمال بطلانها، فلأنه يشبهان نصبتها عقد واحد، فلا يوصف بعصه بالصحة وبعضه بالفساد ويصح أن العقد وإن كان واحداً في الصورة إلا أنه في الحقيقة عقدان، لأن نقل الأعيان على الوجه المخصوص مع منضم إلى الكاح، فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر.

إذا نقرر ذلك فطريق تقسيط المسمى على المهر وشم المبيع أن سطر مجموع مهر المثل للحداريه وقيمتها السوقية، ثم نسب كل واحد منها إلى المجموع، فإذا له بمثل تلك النسبة من المسمى، فإذا كان مهر المثل خمسين والقيمة مائة كان المهر ثلثاً وقيمة الثلثين، فإذا كان المسمى مائة كان قسط مهر ثلثها يرجع إلى الروح، لبطلان الكاح، وقسط النصف ثلثاه منه وستون وثلثان يستحقها المولى.

قوله: (ولو تزوج بها واشترى منها ديناراً بدينار بطل البيع ووجب مهر المثل، والأقوى ما يقتضيه التقسيط من المسمى).

أي: لو تزوج رجل بامرأة واشترى منها ديناراً، وعوض الأمرين معاً هو دينار واحد، فمجمع بين الكاح ولصرف على وجه يلزم منه الربا، لأن النصف والثلث من جنس واحد، وبعض المسمى مهر لا يحانه فيبقى بعض الدينار في مقابل الدينار، فيبطل الصرف للربا.

## ولو اختلف الجنس صح الجميع.

وفي قول يبطل الكاح أيضاً، والأصح صحته؛ لوجود المقتضي وهو العقد المركب من الإيجاب والقبول، وانتفاء مدع إدليس إلا مقارنة الصرف المشتمل على الربا إياه، وهو غير صالح للباعية؛ لأن بطلان أحد العقدتين المتقاربتين لا يقتضي بطلان الآخر.

ويجب مهر المثل عند الشيخ في المصوط<sup>١</sup>، احتجاً بأن الدينار يقع في مقابلة الدار فسقى لكاح عبر مهر، وفي نظر<sup>٢</sup> لأن الدينار في مقابل كل من الدار والبضع، فيكون لكل مهر به ما يفضله التيسير، ومن ثم لزم فساد البيع فيكون الأصح ما قواه المصنف.

فإذا كان مهر مثلها عشرة دنانير مثلاً، قسم الدينار المسمى على أحد عشر جزءاً، لما قلناه من أنه مهر وثنس، ومهر لمثل عشرة دنانير وثنس المثل دينار، فيكون المهر عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من الدينار، والثنس جزءاً من أحد عشر جزءاً من الدينار.

قوله: (ولو اختلف الجنس صح الجميع).

أي لو اختلف الجنس في مسألة المذكورة، بأن كان المبيع مثلاً درهماً ولمسمى ديناراً وبالعكس، صح الكاح والصرف؛ لانتفاء الربا حينئذ؛ لأن التفاصيل مع اختلاف الجنس عبر قاذح في الصحة، لكن لا بد من التقابض في المجلس هنا؛ لأن لصرف يبطل بانتفرق قبله.

ولا يحفى أن المصنف إنما ذكر هذه المسائل هنا وإن لم يكن من مسائل جهالة المهر؛ لدفع توهم من عثها من صور الجهالة.

الثالث: الشرط، ولو شرط في العقد ما لا يخل بمقصود النكاح وإن كان غرضاً مقصوداً في الجملة لم يبطل النكاح.

بل الشرط إن خالف المشروع مثل أن يشترط أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أو لا يمنعها من الخروج، أو لا يقسم لضررتها، فالعقد والمهر صحيحان، ويبطل الشرط خاصة.

وكذا لو شرط تسليم المهر في أجل، فإن لم يسلمه كان العقد باطلاً، فإنه يبطل الشرط خاصة.

وفي فساد المهر وجه، فإن الشرط كالمعوض المضاف إلى الصداق، ويتعذر الرجوع إلى قيمة المشروط فيثبت مهر المثل.

قوله: (الثالث: الشرط، ولو شرط في العقد ما لا يخل بمقصود النكاح وإن كان غرضاً مقصوداً في الجملة، لم يبطل النكاح، بل الشرط إن خالف المشروع مثل أن يشترط أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أو لا يمنعها من الخروج، أو لا يقسم لضررتها، فالعقد والمهر صحيحان ويبطل الشرط خاصة. وكذا لو شرط تسليم المهر في أجل، فإن لم يسلم كان العقد باطلاً، فإنه يبطل الشرط خاصة، وفي فساد المهر وجه، فإن الشرط كالمعوض المضاف إلى الصداق، ويتعذر الرجوع إلى قيمة الشرط فيثبت مهر المثل).

الشروط التي تذكر في عقد النكاح أقسام: منها ما يخل بمقصود النكاح، ومنها ما يقتضيه عقد النكاح، ومنها ما لا يكون واحداً من الأمرين، وهو إما أن يخالف المشروع أو لا يخالفه، ومنها ما لا يتعلق به غرض.

فالأول: مثل أن يشترط في النكاح أن يطلقها أو لا يطلقها، ونحو ذلك. ومقتضى القولين عدم صحة النكاح والشرط في هذا القسم؛ لأن عقد النكاح يقتضي ثبوت



الشرط، وثبوت الشرط يقتضي رفع الكاح لما بينهما من المناقاة، لأن الشرط لما كان منافياً لمقتضى الكاح كان منافياً له، وثبوت أحد المتنافيين يقتضي رفع الآخر، وقد تقدم قبل النكاح المنقطع بيان حكم بعض أفراد هذا النوع.

والثاني: مثل أن يشترط أن يقسم لها أو ينق عليها أو لا تخرج إلا بأذنه، ونحو ذلك، وحكمه أن ذلك ثابت مع الشرط وبذوته، وفائدة الاشتراط تأكيد الثبوت. وأما الثالث، فإن حاله المشروع، مثل أن يشترط لها أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسري، أو لا يمنعها من الخروج حيث شاءت، أو لا يقسم لغيرها، ونحو ذلك، فقد صرح المصنف بأن المهر والعقد صحيحان والشرط فاسد وكذا غيره من الأصحاب كالشيخ في المبسوط<sup>(١)</sup>، وابن حرة<sup>(٢)</sup>، وابن إدريس<sup>(٣)</sup>، وغيرهم<sup>(٤)</sup>. أما فساد الشرط فقطاهر، وأما صحة لعقد فلاطابق الأصحاب عليه.

يلوح ذلك من عبارة الشيخ في المبسوط، حيث قال في هذه المسألة: ولا يفسد المهر عندنا، فإن صحة المهر إما يكون مع صحة العقد، وفرقوا بين هذا النوع من الشروط وبين النوع الأول، حيث صرح جمع بطلان العقد من رأس هناك وصرحوا بالصحة هنا، وكأنهم نظروا إلى ظهور المناقاة بين العقد والشرط هناك وانتفاته هنا؛ لأن غاية تأثير فساد هذا النوع من لشروط أن يؤثر في فساد المهر، وفساده لا يقتضي فساد الكاح؛ لأنه غير مشروط به، بخلاف البيع ونحوه.

وأما المهر فقد صرح أكثرهم بصحته أيضاً؛ لوجود المقتضي للصحة، إذ ليس إلا الشرط الفاسد وهو غير صالح للأنية؛ لأن فساد أحد الشئتين المتضمن لا يقتضي

(١) المبسوط ٤: ٣٠٢.

(٢) الوسيلة ٣٥٠.

(٣) السرائر ٣: ٣٠٢.

(٤) منهم ابن البراج في المذهب ٢: ٢٠٧.

فساد الآخر، وفي وجه أنه يفسد وليه الأساره بقوله (وي فساد المهر وجه)  
أي: وفي فساد المهر في المسائل المذكورة وجه، ونسار إلى دليله بقوله: (فإن  
الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق...)

وتقريره: إن فساد الشرط يقتضي فوات بعض عوض ، لأن لعوض في  
الحقيقة مركب من المسمى والشرط، لأن الشرط ارتفاق فهو في حكم المال، والرجوع  
إلى قيمته متعذر؛ للجهالة، فيجهل الصداق، فينتعين الرجوع إلى مهر المثل  
ولفائل أن يقول إن الدليل لبعض من الدعوى، لأن الدليل لو تم بما يشترح  
ثبوت مهر المثل إذا كان الشرط من الروح نروجه سكون بعض العوض ، لأنه إذا  
كان من الروجة للروح لا يكون بعض ، عوض فلا يجهل لصداق بموته  
ويمكن الجواب بأن الدليل مركب من أمرين، ذكر أحدهما وبه بالمذكور على  
ما لم يذكره.

وتقريره: ن الشرط إما من الروح بروحة، أو من الروجة للروح، فإن كان  
الأول فوجهه ما تقدم، وإن كان الثاني فوجهه أن الشرط حينئذ يمرله بعض العوض،  
والصداق مبذول في مقابل المصنع، وبفساد الشرط يموت بعض المعوض ، وقيمته  
مجهولة على ما سبق، فلا يعلم نصيب الباقي من المعوض من الصداق فيثبت مهر  
المثل، وهذا كلامان

أحدهما إن طلاق عبارة لمصنف بعم ما إذا كان مهر المثل بقدر المسمى أو  
أزيد أو انقص وفي وجه أنه إن رد المسمى والشرط لها فالواجب المسمى؛ لأنه قد  
رضي ببطله مع التزام ترك حق، فمع انتهاء نروجه يكون لرصي بالمسمى أولى. وكذا  
إن نقص والشرط عندها؛ لأنها قد رصيت بذلك القدر مع ترك حق لها فيدوبه أولى،  
وليس هذا الوجه بعيد

الثاني أنه قد سبق في بحث الجاهل فيها لوصف المجهول إلى المعلوم، أن فيه

احتمالين: أحدهما وجوب مهر المثل، ولآخر احتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي، فينبغي أن يطرد الاحتمالان هنا؛ لأن هذه أيضاً من مسائل ذلك الباب، وإطلاق المصنف وجوب مهر المثل على لقول بفساد المهر يتناقض الاحتمال الثاني. ويمكن أن يتعذر له بأن الاحتمالين لما كانا مذكورين قبل هذا البحث يسير اعتماد على ظهور أطرافهما هنا فلم يتعرض اليهما، ثم تنبه لشيئين:

الأول أن اللاحق من قول المصنف: (وكذا لو شرط تسليم المهر في أجل ...) أن هذه من صور اشتراط ما لا محل بمقصود النكاح، وليس هو واضح؛ لأن الشرط المذكور محل بنفس النكاح، وما أحل بنفس النكاح فهو محل بمقصوده لا محالة

فإن قوله (هأن لم يسلم كذا بعقد باطلاً) من حملة الشرط، وهو أشد مناقاة لعدم من استراط الطلاق وقد صرح الشارح العاقل ولد المصنف بأن الشرط المذكور محل بمقصود النكاح، ورغم أن النكاح معه صحيح<sup>(١)</sup>

وقد روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال «عصى علي عليه سلام في رجل يروح المرأة إلى أهل مسمى، فإن جاء بصدافها إلى أجل مسمى فهي امرأته، وإن لم يحيى بالصدق فليس له عليها سبيل شرطوا بينهم حيث أنكحوا، فعصى أن يهد الرجل بضع امرأته وأحبط شرطهم»<sup>(٢)</sup>.

وقد ذكر المصنف في تحرير أن لرواه حسنة، لكن المتبادر منها أن التزوج إلى أهل مسمى، وذلك غير محم الراع، وإبطال أوجه<sup>(٣)</sup>

الثاني: أن قول المصنف (وفي فساد المهر وجه) الظاهر أنه يتعلق بجميع

(١) إصحاح العوائد ٢٠٧٢.

(٢) الكافي ٤٠٢ هـ حديث ١ التهذيب ٧-٣٧٠ حديث ١١٩٨

(٣) التحرير ٣٤٢

ولو شرط أن لا يقتضها لزم الشرط، فإن أدنت بعد ذلك جاز، وعندى فيه اشكال، وقيل: يختص بالمؤجل.

المسائل التي ذكر كون الشرط فيها فاسداً والنكاح صحيحاً، لأن الوجه ثابت في الجميع، فلا معنى لقصره على المسألة لأخبره كما يحينه لشارح الفاصل والمصنف<sup>(١)</sup>. وذكره بعد هذه المسألة لا يقتضي اختصاصه بها.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن هذا حكم ما إذا جالفت الشرط المشروع ولم يخل بمقصود النكاح، فلو لم يخل ولم يخالف المشروع فلا بحث في الصحة ويستفاد من قول المصنف (وإن كان غرضاً مقصوداً في الجملة) أن ما لم يخل بمقصود النكاح وليس مشروع لا يصح اشتراطه، سواء كان غرضاً مقصوداً في الجملة أو ليس بمقصود أصلاً ويفهم منه أن ما ليس بمحلاً بمقصود النكاح إذا كان مشروعاً يصح اشتراطه، سواء كان غرضاً مقصوداً أم لا، وفيه نظر، لأن الأوجه إعاء ما لا يتعلق به غرض أصلاً، كما لو شرط أحدهما مكيالاً أو صبغة معينة دون ما سواه، فإنه قد تقدم في السلف إعاء مثل هذا لشرط فمى النكاح أولى.

قوله: (ولو شرط ألا يقتضها لزم الشرط، فإن أدنت بعد ذلك جاز، وعندى فيه اشكال، وقيل: يختص بالمؤجل).

لو شرط الزوجان في العقد عدم قصاص الروحة حيث كانت بكراً، فهي صحة العقد والشرط أو فسادهما، أو صحة العقد وفساد الشرط ثلاثة أقوال للأصحاب:

أحدها. القول بصحتها، اختاره الشيخ في النهاية<sup>(٢)</sup>، محتجاً برواية سحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال كنت به رجل بروج بجارية عاتق على أن لا

(١) يصاح الموائد ٢٠٧:٣

(٢) نهاية ٤٧٤

يقتضيها، ثم اذنت له بعد ذلك، فقل « يا أدت م فلا بأس »<sup>(١)</sup>

وبروايه سماعه بن مهران عن الصادق عليه السلام قال، قلت له رجل جاء إلى امرأه فأنها أن يروجه عنها، فقلت أروحت نفسي على أن تلمس مني ما شئت من نظر أو التماس، وتسال مني ما يسر، يرحل من أهله، إلا أنك لا تدخل فركبك في فرجي، وتلدد مني ما شئت فإني خاف العصبية، قال « ليس له منها إلا ما اشترطته »<sup>(٢)</sup>

والثاني القول بصحة العقد وبطلان الشرط، أحياه ابن المراح<sup>(٣)</sup>، وابن ادريس<sup>(٤)</sup>، أما صحة العقد فتصوره من أهله في محله، والأصل في العقود لصحة، وأما بطلان الشرط؛ فلأنه متاكد يقتضي العقد

والثالث نقول بصحة شرط في المنعة وبطلانه<sup>(٥)</sup> في لدوام، أحياه السبيع في المبسوط<sup>(٦)</sup>، وقطب ادريس الكيدري<sup>(٧)</sup>، والمصنف في المختلف<sup>(٨)</sup> وهو الأصح. أما الصحة في المنعة، فلعنوم قوله تعالى ﴿اورموا بالعقود﴾<sup>(٩)</sup>، وقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١٠)</sup> وليس هذا الشرط يقتضي تكاح لمنعة، فإن مقصود الأصل من البيع والتلدد وكسر الشهوة دون التوالد والتناسل، وذلك لا

(١) الفقيه ٢: ٢٩٧ حديث ١٤١٣، التهذيب ٧: ٣٦٩ حديث ١١٩٦

(٢) التهذيب ٧: ٣٦٩ حديث ١٤٩٥

(٣) المهذب ٢: ٢٠٢

(٤) السرائر ٣: ٢٠٣

(٥) في نسخة «ش»: وبطلان العقد.

(٦) المبسوط ٤: ٣

(٧) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٥

(٨) المختلف ٥٤٥

(٩) المائدة ١

(١٠) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٢: ٢٢٢ حديث ٨٢٥

يستدعي الوطء، وعليه تنزل الأخبار الواردة بالصحة<sup>(١)</sup> وإن ضعف السند.  
وأما البطلان في الدوام؛ فلأنه منافي لمقتضاء؛ لأن المقصود الأصلي منه النسل،  
وهو يستدعي الوطء، ويكون الشرط فاسداً ويحسد به العقد، للمنافاة، ولعدم الرضى  
بالعقد إلا به.

ويظهر من عبارة ابن حمزة قول رابع وهو بطلان الشرط دون العقد في الدائم،  
وصحتها في نكاح المتعة<sup>(٢)</sup>.

ثم عد إلى عبارة الكتاب وتتم الأمور:  
أ: إن اشتراط عدم الوطء بمنزلة اشتراط عدم الاقتضا، فبإتي فيه ما  
سبق. وهل اشتراط عدم التفصيل ونحوه من مقدمات الوطء وتوابعه كذلك؟ لم أقف  
فيه على شيء، وإلحاقه باشتراط عدم الوطء ليس ببعيد، وينبغي أن يسوّى في ذلك  
الدائم والمتعة.

ب: مشأ الاشكال الذي ذكره المصنف ظاهر مما قررناه، فإن عموم الآية<sup>(٣)</sup>  
ولرواية<sup>(٤)</sup> تقتضي الصحة مطلقاً، وكذا رواية اسحاق بن عمار وساعة بن مهران  
لسالفتين. ومضافة الشرط لمقصود المكاح ومخالفته لظاهر الكتاب والسنة يقتضي  
بطلانه، وبه يبطل العقد لما تقدم.

ج: الضمير في قوله: (وقيل: يختص بالمزجل) يعود إلى لزوم الشرط المذكور  
أي. وقيل: يختص لزوم الشرط، وهو إشارة إلى قول الشيخ في المبسوط<sup>(٥)</sup> ويمكن أن

(١) التهذيب ٣٦٩٧ حديث ١٤٩٥

(٢) لوسيلة: ٢٥٠

(٣) حاشية ١

(٤) لتهذيب ٣٧١٧ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٢٣٢٢ حديث ٨٣٥

(٥) مبسوط ٣٠٤، ٤.

ولو شرط الخيار في النكاح بطل العقد، وإن شرطه في المهر صح العقد والمهر والشرط، فإن اختار بقاءه لزم، وإلا ثبت مهر المثل.

يكون إشارة إلى قول ابن حمزة<sup>(١)</sup> "لأنه لم يتعرض إلى صحة العقد الدائم وفساده، وإنما يدل كلامه على بطلان الشرط.

د: على القول بصحة لعقد وفساد الشرط يطرد الوجه بفساد المهر هنا، فتصير هذه المسألة من مسائل هذا الباب.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنها إذا شرطت عدم الاقتصاص حيث يصح الشرط لزم ولم يحز له فعله، فإن أذنت بعد ذلك فهي جواربه بالاذن قولان. أحدهما: الجواز لأن المصحح لها مبرور بالذنها، ولرواية اسحاق بن عمار السابقة<sup>(٢)</sup>.

وثانيها: العدم، لأن المروح لا يحل بالاذن بل بالعقد، ولما لم يكن العقد مثمرًا للحل لم يكن للاذن اعتبار، ولرواية ضعيفة، فالأصح العدم<sup>(٣)</sup>.

واعلم أن الضمير في قوله (فيه) من قوله، (وعندي فيه اشكال) يعود إلى ما دل عليه الكلام السابق من لزوم الشرط وجواز الاقتصاص بعد العقد بالاذن، ويكون مرجع الضمير في قوله: (يختص) من قوله، (وقيل يختص بالموجل) هو ذلك أيضاً، ويمكن أن يكون مرجعه هو لزوم الشرط، إلا أنه يلزم اختلاف مرجع الضمائر بغير مائز، وليس بجائر.

قوله: (ولو شرط الخيار في النكاح بطل العقد، وإن شرطه في المهر صح العقد والمهر والشرط، فإن اختار بقاءه لزم، وإلا ثبت مهر المثل). لا يصح اشتراط الخيار في نفس النكاح قطعاً؛ لأن في النكاح شائبة التعييد.

(١) الوسيلة، ٣٥٠.

(٢) ذهب إليه الشيخ في النهاية، ٤٧٤.

(٣) ذهب إليه الشيخ في الموطأ، ٣٠٤.

وليس هو من عقود المعاوضات، فهو شرط فيه بطل للشرط والعقد عند عامة الفقهاء؛ لأنه يخرج عن وضعه.

ولو شرط الخيار في الصداق صح قطعاً؛ لانتفاء المانع؛ لأن الصداق ليس ركناً في النكاح، وإنما هو عقد مستقل بنفسه، ومقصود منه مال، فإذا شرط فيه الخيار صح، ولا يبطل الصداق عندنا.

وللعامة في بطلان الشرط والصداق معاً؛ وصحتها معاً، وصحة الصداق وبطلان الشرط ثلاثة أوجه<sup>(١)</sup>.

فإذا اشترط واحتار بقاءه لزم، وبين اختيار الفسخ والفسخ وثبت مهر المثل بالدخول.

وهل يجب في اشتراط الخيار تعيين مدة ثبوته بحيث لا يحتمل الرقابة والنقصان، أم يجوز اشتراطه مطلقاً من غير تعيين لزمانه؟

عبارات الفقهاء مطلقة حالية من لتعرض إلى ذلك نقياً واثباتاً، لكن في المبسوط عنوان المسألة باشتراط الخيار في الصداق ثلاثاً<sup>(٢)</sup>، وهو غير صريح في اشتراط التعيين، لكنه يشعر به.

ولو قيل باشتراط التعيين أمكن كما في البيع ونحوه؛ لأن في النكاح معنى المعاوضة، فبراعى فيه انتفاء الفر.

وقول المصنف: (فإن اختار بقاءه لزم) المراد به أن المشتري للخيار من الزوجين أن اختار بقاء المهر لزم وأن يدفع عنه التزلزل.

وقوله: (وإلا ثبت مهر المثل) ظهري يتناول أمرين: اختيار الفسخ، وعدم اختيار شيء، وهو صحيح بالنسبة إلى الأول دون الثاني، فإنه إذا لم يختار شيئاً بقي الخيار ثابتاً بحاله.

(١) نظر المجموع ٣٣٨، ١٦

(٢) المبسوط ٣٠٤، ٤



ولو سُمي لها شيئاً ولأبيها شيئاً لزم مسماها خاصة.  
ولو أمهرها شيئاً وشرط أن يعطي أباه من شيئاً، قيل: لزم الشرط.

قوله: (ولو سُمي لها شيئاً ولأبيها شيئاً لزم مسماها خاصة، ولو أمهرها شيئاً وشرط أن يعطي أباه من شيئاً، قيل لزم الشرط).  
هنا مسألتان لأنه إما أن يكون المسمى للأب خارجاً عن المهر، أو من حملة المهر.

الاولى: أن يكون خارجاً عن المهر فيصح العقد ويلغو ما ساء للأب، صرح به الشيخ في النهاية<sup>(١)</sup>، وعامة الأصحاب. لرواية<sup>(٢)</sup> الوشاء عن الرضا عليه السلام أنه سمعه يقول «لو أن رجلاً تزوج امرأة وحمل مهرها عشرين ألفاً وحمل لأبيها عشرة آلاف، كان المهر حائزاً والذي جعله لأبيها فاسد»<sup>(٣)</sup>.

وقال ابن الجبلة: ولا يلزم الزوج غير المهر من حاملة حملها الولي أو واسطه، ولو وفي الزوج بذلك تطوعاً كان أحوط، فإن طلقها قبل الدخول لم يكن عليه إلا نصف الصداق دون غيره، فإن كان قد دفع ذلك يرجع بنصف المهر وكل الجعالة على الواسطة<sup>(٤)</sup>.

وقال المصنف في المختلف: إن كان قد جعل للواسطة شيئاً على فعل مباح وفعله لزمه ولم يسقط منه شيء بالطلاق<sup>(٥)</sup>، وما ذكره المصنف صحيح إلا أنه على ما فرض لا دخل لذكر ذلك في العقد بالنسبة إلى الزوج وعدمه.

وينبغي أن يكون موضوع المسألة ما إذا شرط لأبيها شيئاً، يكون ثبوته مستنداً إلى عقد النكاح، أما إذا اشترط له شيئاً على جهة التبرع خارجاً عن المهر

(١) النهاية ٤٧٣

(٢) التهذيب ٣٦١٧ حديث ١٤٦٥، الاستبصار ٢٢٤٣ حديث ٨١١

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٩.

(٤) المختلف: ٥٤٩

وعن كونه جمالة فيناسب الاصول الصحة، إذ لا مانع من صحة هذا الشرط ولزومه،  
لأنه فعل سائع شرعاً، فيدخل في عموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>.  
ولا فرق في ذلك بين كون الاشتراط المذكور باستدعاء الزوجة، أو بفعل  
الزوج ابتداءً، وينبغي على تقدير الصحة أن لا يؤثر الطلاق في شيء من الشرط  
المذكور.

الثاني: أن يكون من جملة المهر، فقد ظهر كلام ابن الجسيد لزومه؛ لأنه قال: فإن  
كانت المرأة اشترطت رجوع عليها بنصف صداقها ونصف ما أخذت من شرطت له ذلك،  
يعني مع الطلاق قال: لأن ذلك كله بعض الصداق الذي لم يرض نكاحها إلا به .  
وقال المصنف في المختلف: إن المستقر كلواسطة إن لم يكن على جهة الجمالة  
بل ذكره في العقد، لم يكن عليه منه شيء سواء أطلق أو لا. وأورد عليه شيخنا الشهيد  
في شرح الارشاد أن ذلك شرط مباح فيلزم لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند  
شروطهم».

والذي يقتضيه صحيح النظر أن ما ساء للأب على أنه من جملة المهر إن قصد  
كونه للأب ابتداءً لا من قبل الزوجة فهو باطل؛ لأن بعض المهر يمتنع كونه ابتداءً  
لغير الزوجة، وعليه تنزل رواية الوشاء السالفة.  
فإن كان قد سمى المجموع للزوجة مهراً، وشرط عليها أن تدفع إلى أبيها منه  
شيئاً على جهة التبرع منها والاحسان، فالفساد لا وجه له، لأن ذلك شرط لا يخالف  
الكتاب والسنة فلا وجه لابطاله.

وعلى هذا فلو طلقها رجوع بنصف المجموع، لأن جميعه هو المهر، والشق الثاني  
بما ذكرناه هو المسألة الثانية في العبارة.

(١) تهذيب ٢٧١٧ حديث ١٥٠٢، الاستبصار ٢٣٢: ٢ حديث ٨٣٥.

ولو شرط ألا يخرجها من بلدها، قيل: لزم الشرط للرواية، وهل يتعدى إلى منزلها؟ اشكال.

وأشار بقوله: (قيل: لزم الشرط) إلى القول المحكي عن ابن الجبيل في عقد النكاح<sup>(١)</sup>، وأعلم أنه لا فرق بين الأب وغيره بالنسبة إلى الشرط المذكور حيث يصح أو يفسد.

قوله: (ولو شرط أن لا يخرجها من بلدها، قيل: لزم الشرط؛ للرواية، وهل يتعدى إلى منزلها؟ اشكال).

أي: لو شرط الزوج للزوجة في عقد النكاح ألا يخرجها من بلدها الذي هي قاطنة به، قل لزم الشرط والقائل بذلك الشيخ في النهاية<sup>(٢)</sup>، وابن المبرق<sup>(٣)</sup>، وابن حمزة<sup>(٤)</sup>، والمصنف في المختلف<sup>(٥)</sup>.

والرواية المشار إليها روية أبي العباس الصحيحة عن الصادق عليه السلام: في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها من بلدها، قال: «يفي لها بذلك أو قال: يلزمه ذلك»<sup>(٦)</sup>.

وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف إلى بطلان الشرط<sup>(٧)</sup>، وكذا ابن ادرس<sup>(٨)</sup>، لان الاستمتاع بالزوجة في الأرملة ولأمكنة حق للزوج في أصل الشرع، وكذا السلطنة له عليها في ذلك حق له ثابت، فإذا شرط ما يخالفه وجب أن يكون باطلاً.

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٩.

(٢) النهاية ٤٧٤.

(٣) التهذيب ٢: ٢١٢.

(٤) الوسيلة: ٣٥٠.

(٥) المختلف: ٥٢٦.

(٦) الكافي ٥: ٤٠٢ حديث ٢، التهذيب ٣: ٣٧٢ حديث ٦-١٥.

(٧) المبسوط ٤: ٣٠٣، خلاف ٣: ١٠٣ مسألة ٣٢ كتاب الصداق.

(٨) السرائر ٣١٢.

ولو شرط لها مهراً إن لم يخرجها من بلدها، وأزيد إن أخرجها،  
فأخرجها إلى بلد الشرك لم يلزم إجابته ولها الرائد.  
وإن أخرجها إلى بلد الاسلام كان الشرط لازماً وفيه نظر.

وهو الأقوى

وتحمل الرواية على الاستصحاب، ولا يبطل العقد لدلاله الرواية على صحته  
إذا تقرر ذلك، فعلى القول بالزوم لو شرط لها أن لا يخرجها من مبرها هل  
يتعدى الحكم بالزوم من مسألة الأولى إلى هذه؟ فيه اشكال يشأ؛ من أن ذلك غرض  
مطلوب للعقلاء وليس بمصنوع منه شريعاً، فحار اشراطه لعموم قوله عليه السلام  
«المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup> وهو أن اشراط ذلك على خلاف الأصل؛ ما فسأ من  
أن سلطه اسكان لروحة بيد الزوج، فيقتصر فيه على مورد النص، والأصح عدم  
التعدي

قوله: (ولو شرط لها مهراً إن لم يخرجها من بلدها، وأزيد إن أخرجها،  
فأخرجها إلى دار الشرك لم يلزم إجابته ولها الرائد، وإن أخرجها إلى بلاد  
الاسلام كان الشرط لازماً وفيه نظر)

القول يلزم لشرط على الوحة لمذكور قول الشيخ في النهاية<sup>(٢)</sup>، وابن  
البراج<sup>(٣)</sup>، وابن حمزة<sup>(٤)</sup>، ومستنده، روي في الحسن عن علي بن رئاب عن الكاظم  
عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج  
معه إلى بلاده، وإن لم تخرج معه فمهرها خمسون ديناراً، أرأيت إن لم تخرج معه إلى  
بلاده؟ قال: فقال: «إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك،

(١) تهذيب ٣٧١٧ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٢٢٢٣ حديث ٨٢٥.

(٢) نهاية: ٤٧٤.

(٣) تهذيب ٢: ٢١٢.

(٤) لوسيلة: ٢٥٠.

ولو شرط عدم الاتفاق بطل الشرط  
الرابع: استلزام ثبوته نفيه، كما لو قبل نكاح عبد جعل رقبته صداقاً  
لحرّة أو لمن اعتق بعضها، فإن اسكاح يبطل.

ولها مائة دينار لقي اصدفها اياها ومن أراد أن يخرج بها الى بلاد المسلمين ودار  
الاسلام فله ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم وليس له أن يخرج بها الى بلاده  
حتى يؤدي لها صداقها، أو رضى من ذلك بها رضى وهو جائز له<sup>١</sup>  
وفي هذه الرواية مخالفة لأصول المذهب من وجهين:  
أحدهما: أن الصداق على معنى، بل هو محسوس على تقدير، ومائة على تقدير  
آخر

والثاني وجوب المائة على تقدير ارادة الخروج بها الى بلاد الشرك، وإن لا  
شرط له عليها وذلك خلاف الشرط لأن استحقاقها للمائة إما هو على تقدير  
خروجه بها الى بلاده على ما عيّن في العقد، ومع ذلك فليست من الصحيح.  
وجمع من الأصحاب لا يعملون بها، فلا تكاد تهض حجة في العدول عن  
مقتضى أصول المذهب. ومنشأ النظر الذي ذكره المصنف: من عموم الآية والرواية  
بالوفاء بالشرط، ومن مخالفة لشرط؛ لما دل عليه الكتاب والسنة من كون سلطنة  
الإسكان حق للزوج، ومنافاة أصول مذهب. ولم أجد تصريحاً لأحد ببطلان الشرط  
والعقد معاً، بل القائلون بعدم الصحة قصرُوا البطلان على الشرط خاصة.  
قوله: (الرابع: استلزام ثبوته نفيه، كما لو قبل نكاح عبد جعل رقبته  
صداقاً لحرّة أو لمن اعتق بعضها، فإن النكاح يبطل).

السبب الرابع من أسباب فساد المهر استلزام ثبوته نفيه، وذلك إما أن يكون  
باعتبار تأثيره في رفع النكاح أولاً، وقد مثل المصنف لكل منها بمثال معلوم.

(١) الكافي ٤: ٤٠٤، حديث ٩، التهذيب ٧: ٣٧٣، حديث ١٥٠٧

مثال الأول ما اذا قبل السيد لكاح لعبده والزوجة حرة أو بعضها حر،  
وجعل رقبته صداقاً لها، أو اذن له في الكاح كذلك وكان بالغاً، فإن الصداق يبطل؛  
لأنه لو صح ملكت زوجها أو بعضه فيفسخ الكاح ويبطل الصداق.

ولا يصح الكاح أبصاً؛ لأنه فترن به ما يساقبه، وكان كما لو شرط الطلاق،  
ولأن ملكها للروح لو طرأ في دوام الكاح أبطله، فإذا قارن الابتداء منع الانعقاد، كذا  
فيل

وقد يقال إن المعارن هنا هو لشرط المنطوق للملك لا نفس الملك، وقد ذكر  
المصنف هذه المسألة في الخاتمة قبل وكاح المصطع، وحكم بطلان الصداق وصحة  
لكاح. ثم رجع عن ذلك هنا إلى القول بطلانها، وهو الأوجه للمناقاة .

وإنما قيد المصنف المسألة بحمل رقبته صداقاً لحرة؛ لأنه لو جعله صداقاً لأمة  
لصح الكاح والصداق، لأن المهر حق للسيد دونها، وليس فيه سوى اجتماع الزوجين  
في ملك شخص واحد، وذلك غير مانع من صحة العقد.

وإذا طلعت الروح قبل لدخول قبل من يعود نصف العبد الذي هو الروح  
والصداق؟ ينبغي أن يبي على أن السيد اد باع عبده بعد أن تكح باذنه ثم طلق قبل  
الدخول، وبعد أداء المهر إلى من يعود النصف، وفيه أوجه:

أحدها أنه يعود إلى المشتري؛ لأنه ملك نجده بالطلاق، وقد وقع في ملك  
المشتري فيكون له كسائر الاكتساب الخاصة من العبد بعد الشراء.

الثاني أنه يعود إلى البائع؛ لأنه وحب في ملكه، فإذا سقط منه شيء عاد إليه.

الثالث إن أداء البائع من ماله أو أداء من كسب العبد قبل البيع عاد إليه؛  
لأن أصله له، فإذا سقط منه شيء عاد إليه، وإن أدى من كسبه بعد البيع عاد إلى  
المشتري، ولو اعتق العبد ثم طلق قبل الدخول، فإن قلنا في الصورة السابقة بالعود  
إلى البائع عادها إلى المعتق، وإن قلنا بالعود إلى مشتري عادها إلى المعتق.

أما لو زوّج ابنه من امرأة وأصدقها أم ابنه أو اخته من مال نفسه ففسد الصداق؛ لأنها لا تدخل في ملكها ما لم يدخل في ملكه، فتعق عليه، فيصح النكاح دون المهر.

قوله: (أما لو زوّج ابنه من امرأة وأصدقها أم ابنه أو اخته من مال نفسه ففسد الصداق؛ لأنها لا تدخل في ملكها ما لم تدخل في ملكه فتعق عليه فصح النكاح دون المهر).

هذا هو مثال الشق الثاني، وتحريره: إنه إذا استولد أمة لغيره ولدًا حرًا ثم ملكها، وقبل لابنه منها له نكاح امرأة وجعل أمة صداقًا لها، أو كان للولد اخت من أمة مملوكة ثم ملكها الأب، ثم جعلها صداقًا للزوجة الابن، فإن الصداق في كل من الصورتين لا يصح؛ لأن كلاً من الأم والأخت لا يدخل في ملك الزوجة ما لم تدخل في ملك الزوج الذي هو الولد؛ لاستحالة أن يملك الإنسان شيئاً على جهة المعاوضة وعوضه الحقيقي مال لغيره.

ولهذا لو طلق الصبي بعد بلوغه قبل الدخول، وقد زوجه أبوه وأصدق عنه من ماله، يعود النصف إليه لا إلى الأب على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. وحينئذ فتعق كل منهما على الولد؛ لدخوله في ملكه فيمتنع انتقالها إلى المرأة صداقاً، فيبطل الصداق. لكن لا يبطل النكاح هنا؛ لأن العتق إنما يقتضي بطلان الصداق، ولا مناعة بينه وبين النكاح.

ثم عُدَّ إلى عبارة الكتاب وأعلم أن قوله: (لو زوّج ابنه) يدرج فيه الصغير والبالغ إذا أذن، ولا فرق بينهما في تطرق المحدث السابق، ويذكر في المرأة الحرة والمملوكة، والحكم فيهما لا يختلف ولو قل: أم الابن لكان أولى، إذ لا يتعين في العبارة أن يكون الابن الثاني هو المذكور أولاً، تصدقه على غيره، وحينئذ فلا يلزم اعتناق الأم؛ لإمكان كونها أمًا لابن آخر دون الزوج.

وقوله (من مال نفسه) لا يكاد يظهر للتقييد به فائدة؛ لأنه لو كان من مال

الخامس: أن يزوّج الولي بدون مهر مثلها فيصح العقد، وفي صحة المسمّى قولان،

غيره لم يختلف الحكم.

قوله: (الخامس: أن يزوّج الولي بدون مهر مثلها، فيصح العقد وفي صحة المسمّى قولان).

السبب الخامس من أسباب فساد المهر: أن يزوجها الولي بدون مهر مثلها، فقد حكم المصنف بصحة العقد، وحكى قوين في صحة المسمّى وفساده ولم يرجّح منها شيئاً أما صحة العقد، فلصدوره من أهله في محله، لا في المخصوص، وقد سبق أن المهر ليس ركناً في عقد النكاح ولهذا سحاز محلاؤه عنه، فلا يؤثر فسادُه في العقد وأما القولان اللذان حكاهما في صحة المسمّى:

فأحدهما: الصّحة، ذهب إليه لسيح في الخلاف والمبسوط<sup>(١)</sup>، ووجهه أن للولي لعفو بالنسبة إلى المهر لقوله تعالى ﴿وَبِعَمَلِهِ يَمْدَهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾<sup>(٢)</sup> فإذا ساع له العفو عن الحق بعد ثبوته فالعفو بدوره أولى، وهذا التعليل يقتضي أمرين: أحدهما: إن لدى سوّع له ذلك هو لدى يصح منه العفو، وهو الأب أو الجد له دون سائر الأولياء.

الثاني: أنه لا يشترط في صحة المسمّى كون نكاح بدون مهر المتل بما تدعو إليه الحاجة أو تقتضيه المصلحة، لأنه لا يشترط لجور العفو وجود المصلحة معه. إذا عرفت ذلك فهي دلالة هذا التعليل على المدعى نظراً لأن المانع أن يمنع الأولوية المذكورة فإن العلة غير مقطوع بها.

(١) الخلاف ١١:٣ مسألة ٣٧ كتاب العدا والمبسوط ٣١١٤

(٢) بقرّة ٢٣٧



وكذا لو زوجه بأكثر من مهر المثل، فإن المسمى يبطل. وفي فساد النكاح اشكال ينشأ: من التمسك بالعقد الذي لا يشترط فيه المهر ولا ذكره، ومن بعد الرجوع إلى مهر المثل دون رضاها وما قنعنا به.

وحكى في البسوط<sup>(١)</sup> قولاً يبطل المسمى لوجوب مراعاة لقيمة في أموالها فهي البضع أولى، وفيه نظر؛ لأن البضع ليس مالاً حقيقة ولا المقصود الأصلي منه المال. والذي يقتضيه صحيح النظر أنه إن اقتضت المصلحة الترويج بدون مهر المثل صح العقد والمهر ولزم، وإلا كان العقد فصولاً يتوقف على الإجازة بعد البلوغ، لأن صحة تصرفات الولي موطئة بالمصلحة ويبدوها يكون تصرف الأجنبي، والبيع وإن لم يكن مالاً حقيقة لكنه ملحق بالأموال بمقابلته بها وثبوت ضمان قيمته بمهر المثل في مواضع.

ثم عُدَّ إلى عبارة الكتاب واعد أن قوله (فيصح العقد وفي صحة المسمى فولان) مقتضاء بطلان المسمى على أحد القولين مع صحة العقد، وعلى هذا فيثبت مهر المثل، لكن ثبوته هل هو بمنع العقد، أو بالدخول كالمفوضة؟ صرح بالأول جماعة؛ لأن التسمية اقتضت عدم الرضى بإحلال العقد عن المهر، وفيه بعد؛ لأن إيجاب شيء بالعقد لم يجر له فيه ذكر، ولم يقع عليه التراخي من الأمور المستعينة.

قوله: (وكذا لو زوجه بأكثر من مهر المثل، فإن المسمى يبطل، وفي فساد النكاح اشكال ينشأ: من التمسك بالعقد الذي لا يشترط فيه المهر ولا ذكره، ومن بعد الرجوع إلى مهر المثل دون رضاها وما قنعنا به).

إذا زوج الولي المولى عليه الذكر امرأة بأريد من مهر مثلها، فالمسمى باطل لا محالة؛ لأنه تصرف مشتمل على إصاعة المال حقيقة؛ لأن الفرض أن البضع لا يعاد له، بخلاف ما لو عقد للمولى عليها بدون مهر المثل، فإن المسمى لا يبطل على أحد

## لقوليب كما سبق

والفرق جور العفو للولي عن بعض المهر، وإن لبصع ليس مالاً حقيقياً، ولا المقصود الأصلي منه المال وفي فساد الكاح لا شكال يدي ذكره انصف، وذكر مشأه، وتفقيحه إن عقد الكاح غير مشروط بثبوت المهر في الواقع ولا بذكره في العقد، فحلوه عنه لا يقتضي فساد، وقد صدر العقد مشتملاً على المستمى الرائد وحكم بطلانه للرأفة، فيجب أن يبقى العقد صحيحاً ولا يبطل بطلان المستمى، وفيه نظر، لأن عقد الكاح وإن لم يكن مشروطاً بالمهر لا يترتب صحته في محل الرافع لأنه لم يقع على الوجه المأثور فيه شرعاً، لأن تصرف الولي بها يعتبر مع عدم تنحيسه، فإذا فاره كان كتصرف الأجنبي

ومحتمل بطلان العقد من ر من ، لأنه لو صح لوحيب أن يشب مهر للمل على وجه فهري، وذلك بعيد، لأن ما يترتب عنه دفعه به هو الرائد على مهر للمل، فكيف يبطل ما رضيت به وشب لها دونه مع عدم رضاها به وما كان بعيداً فهو مرجوح لا يجوز أنصب به مع وجود الرجح، فيبطل الثاني، ويلزمه بطلان العقد

وقد أورد عليه سارح انصاف بالعقد على الخمر المجهول<sup>١</sup>، وهو غير وارد؛ لأن العقد على الخمر يرضى للزوج لا يقتضي بطلان الصدق فيه بطلان الكاح؛ لصنوده بترصيهما بخلاف عقد الولي في موضع الادن شرعاً فإنه حينئذ يكون فصولياً، وأين هذا من ذاك.

واعلم أن التشبيه الواقع في قوله (وكذا لو روجه بأكثر من مهر للمل) ليس على ما ينبغي؛ لأن المذكور في المسألة يشبهه حكم أحدهما صحة العقد، والآخر

والأقوى أن مع فساد المسمى يثبت الخيار في فسخ العقد وامضائه.

أن في صحة المسمى قولين، وليس واحد منها ثابت في امثله، لأن المسمى فيها يبطل، وفي فساد النكاح قولان.

قوله: (والأقوى أن مع فساد المسمى يثبت الخيار في فسخ العقد وامضائه).

قد عُدَّ استرحان الفاصل هذا وجهاً ثالثاً في المسألة<sup>(١)</sup>، بناءً على أن أحد الوجهين السابقين هو بطلان العقد من رأسه ولا وجه له على الفور بأن عقد المصولي موقوف على الإحارة، لأن أقل مراتب تصرف الولي هنا أن يكون مصولاً مع يمكن أن يحمل البطلان على تكتم ولزوم وهو المصولي

ويراد بما توجه الثالث ثبوت استرحان مكرراً، فإن شاء فسخه وإن شاء أمضاه وهذا هو المبدأ من عبارة الكتاب ولا تأباه عبارة الشارحين، بل اظهر من عبارة المصنف أن ثبوت الخيار في كل من المسألتين المذكورتين يلوح ذلك من قوله (مع فساد المسمى) إذ لو لا ذلك لكان مستتركا، لأنه قد قطع بفساد المسمى في المسألة الثانية وعلى هذا فيكون الكلام في المسألة الأولى أن في صحة المسمى وفساده قولين، فإن قلنا بالفساد ففي ثبوت الخيار في فسخ العقد وعدمه قولان، فإذا احتصرنا قلنا في المسألة ثلاثة أقوال: صحة العقد والمسمى، فساد المسمى ولزوم العقد، فساد المسمى وثبوت الخيار في العقد

وفي المسألة الثانية بالنسبة إلى العقد ثلاثة أوجه: اللزوم، وفساده، وثبوت الخيار. وأما المسمى فإنه فاسد وجهاً واحداً

إذا عرفت ذلك فالخبر المذكور لمن يكون؟ صرح الشارح ولد المصنف بأنه لمن راد الصداق عليه على مهر المنزل أو نقص عنه، وهو الزوج في المسألة الثانية.

نعم لو أصدق ابنة أكثر من مهر المثل من ماله جاز وإن دخل في ملك الابن ضمناً.

السادس: مخالفة الأمر، فإذا قالت: رُوحِي بألف فزوجها بخمسمائة لم يصح العقد، ويحتمل ثبوت الخيار.

والروحة في المسألة الأولى<sup>(١)</sup> ولا رى هذا التخصيص وجهاً، لأن لعرص فساد المستق في المسائل، بل ينبغي ثبوت الخيار لكل منها في كل من المسائل، لاستفاء الرضى من الخائبر والمختار مع عدمه في كل من المسألتين، وهو أن الكاح باسمي فصولي موقوف على الاجازة.

قوله (نعم لو أصدق ابنة أكثر من مهر المثل من ماله جاز وإن دخل في ملك الابن ضمناً).

هذا في قوة الاستثناء من قوله (لو روجه بأكثر من مهر المثل)، فكأنه قال: لو روج ابنة بأكثر من مهر المثل فسد المستق، إلا إذا كان صداق المستق مال الأب فإنه لا يفسد؛ لأنه لا تخسير للولد حينئذ.

فإن قيل يدخل الصداق في ملك الأب صمداً فيرم المحسير فلما لا يلزم، لأن التخصير اتلاف مال بالعقد ما يبيته بابه بعيره، وليس كذلك محل النزاع، لأن لصداق لم يملكه الابن لا بسبب لعقد، فلم يلزم اتلاف مال بالعقد لولاه لكان ثابتاً للزوج.

قوله: (السادس: مخالفة الأمر، فلو قالت: رُوحِي بألف، فزوجها بخمسمائة، لم يصح العقد، ويحتمل ثبوت الخيار).

السبب السادس من أسباب فساد مهر محلفة الوكيل ما عيّنه لروحة فإن

ولو قالت: زوجني مطلقاً فزوجها بأقل من مهر المثل، فالأقرب

قالت: زوجني بالقب مثلاً، فزوجها بأقل كحسمائه، فهي صحة العقد وفساده وجهان أحدهما: - واختاره المصنف - اعساده؛ لأن تقديرها المهر يدل على عدم رضاها

بها دونه، وما لا ترصى به الروجة فاسد لا محالة

والثاني ثبوت الخيار، ولا يقع العقد فاسداً بمعنى أنه يكون موهوباً على إجازتها، فإن رصبت به صحح وإلا كان فاسداً؛ لأنه عقد صدر ممن ليست له ولاية شرعية على المعفود عليه ولا ادب شرعي وذلك هو الفصولي، ولا يضر ما لزم من التعيين وهو عدم رضاها بغير المعين، لأن المؤثر في العقد الفصولي هو الرضى المتأخر عنه وضده دون المقدم عليه، كذا فهم لشارحان لعاصلاً من العبارة

ولا ريب أن سبادر من قوله (لم يصح العقد) هو البطلان، أما ثبوت الخيار فإن المتبادر منه صحته بعد وثبوت النكاح وإن كان متزلاً، وعلى هذا حمله شيخنا الشهيد في بعض ما ينسب إليه من المحاشي

وحمل عدم صحة العقد المذكور فيه على عدم لروحه وأنه فصولي، والحمل في لموضعين صحيح في نفسه، إلا أن بوجه الصحة مع ثبوت الخيار موضع نظر، فإنه إذا كان خلاف المأمور به فكيف يقع صحيحاً

ويمكن أن يقال في توجيهاه: إن لنكاح ما لم تكن صحته مشروطة بالمهر لم يلزم من المخالفة بطلانه فبيع صحيحاً، لكن لما لم يكن المهر على الوجه المأذون فيه لم يقع لازماً، وبعد وجوب الرضى بمهر مثل على وجه قهري، فثبتت الخيار بين الفسخ والامضاء، والأصح إن العقد من أصله مع مهر فصولي يقف على الإجازة؛ لانتفاء الأهلية في غير موضع الآخر.

قوله: (ولو قالت زوجني مطلقاً، فزوجها بأقل من مهر المثل،

الرجوع إلى مهر المثل.

ولو لم يذكر مع الاطلاق المهر احتمل الصحة؛ للامثال، والفساد إذ مفهومه ذكر المهر عرفاً.

فالأقرب الرجوع إلى مهر المثل).

أي: لو قالت: روجتني، واطلقت، لاذن بحيث لم تقيد النكاح بمهر ولا عدمه فقوله: (مطلقاً) ليس من حملة قوله وإنما هو لبيان حال قولها، وأنه معرّى عن التعرض إلى المهر اثباتاً ونفيًا، فروجها حينئذ بأقل من مهر المثل ففيه وجهان، أحدهما عند المصنف صحة النكاح وبطلان المسمى والرجوع إلى مهر المثل.

أما صحة النكاح، فلصاحبه بإذنها، وأما بطلان المسمى وثبوت مهر المثل، فلأن الإطلاق منزل على العقد بمهر المثل فصاعداً، كما أن أمر المالك ببيع ماله من غير تفيد منزل على البيع ضمن المثل، لا فضاء العرف التفيد بذلك، ولأن العبطة والمصلحة لا تتحقق بدونه فيكون اطلاقها بمنزلة التفيد بمهر المثل، فيفسد المسمى؛ للمخالفة، ويثبت مهر المثل لعدم الرضى بالتفويض.

والثاني: بطلان العقد من رأس؛ لأن الاطلاق منزل على مهر المثل كما سبق، فكان كما لو عيّنت فخالف في أنه غير مرضي لها.

ويجيء وجه ثالث، وهو صحة العقد ووجوب مهر المثل وثبوت الخيار لها، وتقريبه معلوم كما سبق، وإنما فرّق المصنف بين هذه وبين التي قبلها في الحكم، فجزم بالصحة والرجوع إلى مهر المثل هنا، وحكم بثبوت الخيار في التي قبلها؛ لأن التفيد منصوص عليه ومقطوع به، وهنا مظنون، فلا تكون المخالفة مقطوعاً بها بحيث يلزم فساد العقد أو تزله. والأصح أنه فضولي يقف على الاجازة؛ لأن اطلاق الاذن في الترويج منزل على كونه بمهر المثل، فيكون ما عداه واقعاً بغير اذن.

قوله: (ولو لم يذكر مع الاطلاق المهر احتمل الصحة؛ للامثال، والفساد؛ إذ مفهومه ذكر المهر عرفاً).

ومع التقييد بمحتمل الفساد، والخيار فيثبت مهر المثل.  
ولو قالت: زوجني بما شاء الخاطب فهو تفويض يأتي.  
ولو عرف ما شاء فقال: زوجتك بما شئت، صح.

أي: لو لم يذكر الوكيل في العقد المهر أصلاً، والحال أنها قد اطلقت له الاذن في التزويج احتمل الصحة؛ لأنه امتثل ما أمرته به، ويجب مهر المثل حينئذ؛ لأن إطلاق الاذن منزل على التزويج بمهر المثل.  
وإذا اقتضى إطلاق الاذن مهر بمثل كان إطلاق العقد كذكره فيه، وفيه منع ظاهر، والعرق ظاهر، واحتمل الفساد لأن الإطلاق مراد على العقد بمهر المثل.  
ولا بعد السكوت عن المهر تفويضاً، نظراً إلى العرف وقد حالف فلا يكون صحيحاً، والأصح أنه فضولي يقف على الاجارة.

قوله: (ومع التقييد بمحتمل الفساد والخيار، فيثبت مهر المثل).

أي: لو لم يذكر الوكيل المهر في العقد، بل أطلقه وقد قيدت له الاذن في التزويج بالمهر احتمل الفساد؛ للمخالفة، واحتمل ثبوت الخيار لها في اجازة العقد وعدمها؛ لأنه لا يقصر عن الفضولي، فإن اجارته ثبت مهر المثل بنفس العقد؛ لانتفاء كون الاذن تفويضاً.

ولا يخفى أن المتبادر إلى الفهم من ثبوت الخيار صحة النكاح وتزله، وكيف كان فالأصح أن العقد فضولي يقف على الاجازة، والمتجه أنه مع الاجازة لا يجب المهر بنفس العقد؛ لانتفاء ما يقتضيه، فيكون وجوبه بالدخول.

قوله: (ولو قالت: زوجني بما شاء الخاطب، فهو تفويض يأتي، ولو عرف ما شاء فقال: زوجتك بما شئت، صح).

أي: لو قالت الروجة لوكيلها: زوجني بما شاء الخاطب، فزوجها كذلك صح، فإن ذلك تفويض؛ لأن التفويض فسان تفويض البصع، وهو اخلاء العقد عن ذكر المهر،

وليس تفريق الصفقة سبباً للفساد، فلو اصدقها عبداً يساوي الفين، على أن ترد عليه ألفاً، فنصفه صداق ونصفه في حكم مبيع، فلو أرادت افراد الصداق أو المبيع بالرد بالعيب جاز، بخلاف رد نصف المبيع.

وتفويض المهر، وهو ذكر المهر في العقد عن الحملة منها وتفويض تقديره الى أحد الزوجين، ولا شبهة في صحة كل من التوكيد والعقد كذلك. ولا يكون العقد كذلك عقد المجهول يجب به مهر المثل، خلافاً للشافعي<sup>(١)</sup>، ولا وجه له بعد ما بين أن ذلك تفويض صريح.

قوله: (وليس تفريق الصفقة سبباً للفساد، فلو اصدقها عبداً يساوي ألفين على أن ترد إليه ألفاً، فنصفه صداق ونصفه في حكم مبيع، فلو أرادت افراد الصداق أو المبيع بالرد بالعيب جاز، بخلاف رد نصف المبيع).

قد عدّ الشافعي من أسباب فساد المهر تفريق الصفقة<sup>(٢)</sup>، فاعسى المصنف يذكره وبيان أنه لا يعد سبباً لفساد المهر رد عليه، وتحقيقه انه اذا تزوج امرأة بعبد يساوي ألفي درهم على أن ترد إليه ألفاً من مالها، فيكون حينئذ نصف العبد صداقاً ونصفه في حكم مبيع وليس مبيعاً حقيقة؛ لأن رد الألف من مالها وقع بصورة الشرط فكان من توابع عقد النكاح.

ولو أن الولي قال: روجتكم ابنتي وبذلت لك ألفاً من مالها بالعبد الفلاني فقبل الزوج، لكان أدل على مقابلة نصف العبد للبضع والنصف الآخر للألف. وكيف كان فإذا أرادت افراد الصداق - أعني نصف العبد أو المبيع وهو نصفه الآخر بالرد لظهور عيب في العبد - كان لها ذلك، ولم يفسد الصداق إذا ردت نصف المبيع.

(١) المجموع ١٦، ٢٧٢.

(٢) الوجيز ٢: ٢٧٠.



ولا يقال: يلزم من رد لنصف تبعض الصمعة، وهو محذور كرد نصف المبيع.  
 لأننا نقول: التبعض المحذور هو الذي يكون في المنتقل بعقد واحد، وهنا قد  
 حصل انتقال العبد لشئتين مختلفتين، فلم يكن كرد نصف المبيع.  
 ولا يقال أيضاً: يلزم من رد النصف بالتشقيص .

لأننا نقول: قد أقدمنا على هذا الضرر حين تعاقدنا على انتقال كل من نصفي  
 العبد بسبب يخالف السبب الآخر، وهذا بخلاف رد نصف العبد لو كان كله مبيعاً.  
 إذا تقرر ذلك، فلو جعل رد النصف على الوجه المذكور سبباً لفساد المهر،  
 لوجب مهر المثل بنفس العقد على ما سبق في بظائره بعد من يقول به، والله اعلم  
 بالصواب

ولكن هذا آخر الجزء السابع من كتاب شرح القواعد، وينتقلوا الجزء الثامن  
 إن شاء الله تعالى بحمده.



## الفصل الثالث في التفويض

قوله: (الفصل الثالث: في التفويض).

ومرغ من تسويده مؤلفه الفقير إلى الله تعالى علي بن عبد العالي، بالمشهد  
المقدس العروي على مشرفة الصلاة والسلام مستشهد النهار من يوم السبت تقريباً  
الثامن عشر شهر جمادى الأولى من سنة خمس وثلاثين وتسعمائة، حامداً لله تعالى  
على آلائه مصلياً على رسوله محمد وآله، **يَسْئَلُ** .



(١) في النسخة الحجرية قد فرغ من كتابة هذا الكتاب المستطاب أقل الكتاب الطلاب حسن  
ابن عبد الله في السنة الثانية من العشر الثامن من المائة الثالثة من الألف الثاني على مهاجرها  
ألف ألف تحية وألف ألف ثناء

وفي نسخة ص: هذا آخر ما وجد من كلامه قلنس سره، ومرغ من كتابته الفقير إلى الله الغني  
عبد الله بن علي بن سيف الصيمري في صبح اليوم الثاني عشر من شهر عاشوراء من شهر  
سنة خمس وخمسين وتسعمائة هجرية قمرية على مشرفها أفضل الصلوات وأكمل التسليمات  
في بلدة الجزائر المحروسة، فرحم الله من ترحم عليه ودعا له بالمغفرة، والحمد لله أولاً وآخراً.  
وفي نسخة ش: تحريراً في ثامن عشر شهر الله المبارك ذي الحجة الحرام أفاض الله أنواره  
لسنة إحدى وتسعين وتسعمائة على يد الفقير إلى الله الغني بالله الداعي إلى دين الله غياث  
الدين محمود بن محمد بن عبد الخالق بن غياث الدين جمشيد المنجم صاحب الرصد المشهور  
بين لجمهور غير الله لهم ولأسلافهم والله الحمد

وهو قسمان :

الأول: تفويض البضع: وهو اخلاء العقد من ذكر المهر بأمر من يستحق المهر، وليس مبطلاً، مثل زوجتك نفسي أو فلانة، فيقول: قبلت، سواء نفى المهر أو سكت عنه، فلو قالت: على أن لا مهر عليك صح العقد.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله حمدٌ كثيراً كما هو أهله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين.

قوله رحمه الله: (وهو قسمان). الأول تفويض البضع، وهو اخلاء العقد من ذكر المهر بأمر من يستحق المهر وليس مبطلاً، مثل: زوجتك نفسي، أو فلانة، فيقول: قبلت، سواء نفى المهر أو سكت عنه، فلو قالت: على ألا مهر عليك صح العقد).

التفويض: أن يحصل الأمر إلى غيره ويكفه إليه، وتسعى المرأة مفوضة لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر، ومفوضة: لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج، أو لأن الأمر في المهر مفوض إليها بالنسبة إلى نعيه وعدمه.

ثم التفويض في النكاح نوعان: تفويض البضع، وتفويض المهر، فتفويض المهر سبأقي وهو صحيح عندنا.

وتفويض البضع وقد عرفه المصنف: بأنه (اخلاء العقد من ذكر المهر بأمر من يستحق المهر)، والذي يستحق المهر هو المرأة، فيكون اخلاء العقد عن ذكر المهر بأمر المرأة. وقد ينقض في عكسه بخروج لعقد الصادر من المرأة خالها من المهر؛ لأن الصادر من المرأة لا يقال إنه وقع بأمرها.

ويرد عليه أيضاً عقد الفصولي الخالي من المهر إذا لحقته الاجازة، إذ الاجازة اللاحقة له لا تصيره واقعاً بالأمر.

ويرد عليه أيضاً تزويج الولي إليها مفوضة على القول بصحته.

ولو قالت: على أن لامهر عليك في الحال ولا في ثانيه، احتمل الصحة؛ لأنه معنى أن لامهر عليك، والبطلان؛ لأنه جعلها موهوبة.

ولو قال: هو احلاء العقد من ذكر لمهر بفعل الزوجة، أو من يقوم مقامها، مثل: زوجتك نفسي إذا كان العاقد الزوجة، أو زوجتك فلانة إذا كان العاقد غيرها، وليس ذلك مبطلاً قطعاً، حتى لو عقد ونفى المهر كان صحيحاً، مثل زوجتك ولا مهر عليك

ولا فرق بين كون الزوجة بكراً أو ثيباً في ذلك كله.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن مفوضة البضع لا يجب لها مهر بالعقد عندنا، خلافاً لبعض العامة، حيث أوجبه بالعقد<sup>(١)</sup> ويبدل عليه ما رواه مشهور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: في رجل تزوج امرأة ولم يعرض لها صداقاً، قال: «لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر سئاتها»<sup>(٢)</sup>.

وقد سبق في الفصل الثاني من باب نكاح الإماء - فيها إذا اعتقت الأمة قبل الدخول وقد زوجها سيدها مفوضة - ما يدل على ثبوت الخلاف المذكور عندنا، ويمكن أن يريد المصنف التعرّيع على كل من القولين وإن لم يكن القول الثاني ثابتاً عندنا.

قوله: (ولو قالت: على أن لا مهر عليك في الحال ولا في ثانيه احتمل الصحة؛ لأنه معنى على ألا مهر عليك، والبطلان؛ لأنه جعلها موهوبة).

قد سبق أنها لو قالت: زوجتك نفسي على أن لامهر عليك صح العقد، فلو قالت: زوجتك على أن لا مهر عليك في الحال ولا في ثانيه، وأرادت بثاني الحال ما بعده مستمراً إلى حين الدخول، فهي صحة العقد وجهان:

(١) قاله أبو حنيفة، انظر المجموع ٣٧٢:١٦، الوجيز: ٢٩.

(٢) التهذيب ٣٦٢:٧ حديث ١٤٦٧، الاستبصار ٢٢٥:٣ حديث ٢٩٤.

ويصح التفويض في البالغة الرشيدة دون من انتفى عنها أحد الوصفين.

نعم لو زوج الولي مفوضة أو بدون مهر المثل، قيل: صح ويثبت مهر المثل بنفس العقد. وفيه اشكال ينشأ: من اعتبار المصلحة المنوطة بنظر

أحدهما. الصحة؛ لأنه قد سبق له إذا زوجته على أن لا مهر عليه صح، وهذا بمعناه؛ لأن المهر المسمى نكرة، وهي في سياق السمي تعبد العموم. ويمكن الفرق بينهما: بأن ظاهر العموم لا يأبى التخصيص، بخلاف ما نص فيه على نفي المهر في الحالين، فإنه يتمتع بتخصيصه يلزم المهر في ثاني الحال.

والثاني البطلان؛ لأنها قد جعلت نفسها موهوبة، حيث أنه لا مهر لها في الابتداء ولا في الانتهاء، والمهبة في الكاح من خصائصه عليه السلام

ويجيء احتمال ثالث وهو صحة العقد وفساد التفويض، وفساده يجب مهر المثل، والقول بفساد العقد من رأس قوي؛ لأن من مقتضيات عقد الكاح وجوب المهر في الحملة، أما بالعقد أو بالفرض أو بالوطء، فإذا شرط ما ينفيه فقد شرط ما يناق مقتصى العقد فيبطل به.

قوله: (ويصح التفويض في البالغة لرشيدة دون من انتفى عنها أحد الوصفين).

لاشك أن البالغة الرشيدة أمرها بيدها، وقد سبق بيان ذلك، فإذا زوجت نفسها، أو زوجها وكيلها بأذن مفوضة صح؛ لانتفاء المانع بخلاف الصبية وغير الرشيدة؛ لثبوت المحر على كل واحدة منها.

قوله: (نعم لو زوج الولي مفوضته أو بدون مهر المثل صح، وقيل: يثبت مهر المثل بنفس العقد، وفيه اشكال ينشأ: من اعتبار المصلحة المنوطة بنظر

الولي، فيصح التفويض وثوقاً بنظره، فعلى الأول لو طلقها قبل الدخول فنصف مهر المثل، وعلى الثاني المتعة.

الولي، فيصح التفويض وثوقاً بنظره، فعلى الأول لو طلقها قبل الدخول فنصف مهر المثل، وعلى الثاني المتعة.

هذا استدراك لما عساه يتوهم من قوله: (دون من انتهى عنها أحد الوصفين) والمعنى أن من انتهى عنها البلوغ والرشد لا يجوز تزويجها موصية لغير وليها. أما الولي فإنه إذا زوجها كذلك مع وجود المصلحة كأن صحیحاً، وكذا يصح الكاخ اذا زوجها بدون مهر المثل مع المصلحة؛ لأن صحة تصرفات الولي كلها دائرة مع المصلحة، فحيث وجدت كان تصرفه معتبراً.

فإن قيل: عبارة المصنف خالية من لتقييد بالمصلحة كما هو واضح قلنا: يدل على التقييد قوله فيها بعد: (ينشأ من اعتبار المصلحة المتوسطة بنظر الولي).

فقوله: (وقيل: يثبت مهر المثل بنفس العقد) إشارة إلى قول الشيخ رحمه الله، فإنه حكم بصحة النكاح وبطلان التفويض؛ لوجوب مراعاة محض المثل للبضع في النكاح كما في المعاوضة على سائر الأموال، ووجب مهر المثل بنفس العقد لفساد التفويض<sup>(١)</sup>. ولو لم يجب المهر بنفس العقد لكان التفويض صحيحاً، إذ لا واسطة بين الصحة والفساد، وكذا القول في عقده على أقل من مهر المثل.

وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفى، ورد المصنف كلام الشيخ بها ذكره من الاشكال، وتنقيحه: إن الكاخ منوط بالمصلحة وهي منوط بنظر الولي، فإذا اقتضى نظره وجود المصلحة في التفويض وقع صحيحاً وثوقاً بنظره، والعرض وجود المصلحة

في محل النزاع فلا وجه للإبطال.

وقد ذكرنا غير مرة أن النكاح ليس معاوضة محضة، وأن له أحكاماً مختصاً بها عن سائر المعاوضات.

إذا تقرر ذلك، فلو طئننا قبل لدخول في صورة التفويض بنى على القولين.

فعلى القول بإبطال التفويض - وهو الذي عبر عنه المصنف بالأول - يجب لها نصف مهر المثل؛ لأنه يجب بالعقد فينتصف بالطلاق.

وعلى الثاني - وهو الصيغة المعبر عنه بموله - (فيصح التفويض وثوقاً بهظره) - يجب المتعة كما في كل مفوضة، والقول بالصحة مع المصلحة قوي واعلم أن كلام الشيخ تضمن أمرين:

أحدهما: فساد التفويض.

والثاني: وجوب مهر المثل بنفس العقد. والمصنف رحمه الله تعرض إلى رد الأول، ولم يتعرض للثاني، وهو أيضاً مردود تفرعاً على لقول بفساد التفويض؛ لأنه لم يجر لمهر المثل ذكر في العقد، فكيف يعقل وجوبه بغير سبب ولا تراض منها.

فإن قيل: لما كان التفويض فاسداً وجب أن يثبت مقابله، وهو وجوب مهر المثل بالعقد، ولا امتناع في تنفيذ إطلاق العقد بمهر المثل، كما يقيد إطلاق الآن من الزوجة للوكيل في لا نكاح مجرداً عن ذكر المهر بمهر المثل.

قلنا: الفرق واقع فإن الإطلاق يتقيد بالقرينة، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن العقد بالنسبة إلى ما يترتب عليه سبب، والأسباب أمور وجودية واقعة على وجوه خاصة لا يكفي فيها مجرد القصد ولا دلالة الفرائن، فلا يكون تجرد العقد عن المهر موجباً لمهر المثل في محل النزاع، وسائر ما أشبهه.

وبذلك صرح الشيخ في المبسوط في فضل التفويض قال: ومتى عقد وليها

وللسيد تزويج أمته مفوضة، فإن باعها قبل الدخول فأجاز المشتري، كان التقدير إلى الثاني والزوج ويملكه الثاني. ولو اعتقها قبله فرضيت فالمهر لها، والتقدير إليها وإليه.

مفوضة لم تكن مفوضة ووجب مهر المثل بالعقد عند قوم، وعندنا بالدخول<sup>(١)</sup>.  
واعلم أيضاً أن مرجع الضمير في قول المصنف (وفيه اشكال) ينهي أن يكون هو ما دل عليه ثبوت مهر المثل بالعقد، أعني فساده التعميضي؛ لأن ما ذكره في توجيه الاشكال يدل على صحة التعميضي، فلو جعل مرجع الضمير ثبوت مهر المثل بالعقد لم يرتبط الكلام.

قوله: (وللسيد تزويج أمته مفوضة، فإن باعها قبل الدخول فأجاز المشتري، كان التقدير إلى الثاني والزوج ويملكه الثاني، ولو اعتقها قبله فرضيت فالمهر لها، والتقدير إليها وإليه).

للسيد تزويج أمته مفوضة قطعاً؛ لأن مهر له، فلا مانع من الصحة، وحيث إن بائناً أن تبقى في ملكه إلى حين الدخول، أو لا.

والأول: حكمه ظاهر، وهو ثبوت مهر المثل للمول.

والثاني: إما أن يكون زوال ملكه عنها قبل الدخول بالبيع أو بالعتق، فإن باعها فالمشتري فسخ المكاح على ما سبق، فإن أحازه كان تقدير المهر إليه وإلى الزوج.

فإذا قدرناه ملكه المشتري وهو المولى لثاني؛ لأنه ثبت في ملكه، وإن اعتقها ملكت أمرها، وكان تقدير المهر إليها وإلى الزوج، وتلك هي إذا قدرناه له أو مهر المثل بالدخول.

ثم عد إلى عبارة الكتاب واعلم أن المراد بالثاني في قوله: (كان التقدير إلى



ثم المفوضة تستحق عند الوطاء مهر المثل، وإن طلقها قبله بعد فرض المهر ثبت نصف المفروض وقبله المتعة.

الثاني) هو المشتري، ولو قال، كان لتقدير إليه لكان أخصر، ولعله إياها عدل عن المضمر إلى المظهر تنبيهاً على علة استحقاقه للمهر، وهي مولويته الطارئة الناسخة لمولوية الأول.

وقوله: (ولو أعتقها قبله فرضت فالمهر لها) تصريح بحكم المسألة على طريق الجزم، وقد سبق من المصنف في نكاح الإمام في الفصل الثاني صورة التردد في أن المهر لها أو للسيد، وما حزم به هنا هو المصنف.

قوله: (ثم المفوضة تستحق عند الوطاء مهر المثل، وإن طلقها قبله بعد فرض المهر ثبت نصف المفروض، وقبله المتعة).

أما الحكم الأول فقد أجمع عليه الأصحاب وتواترت به الأخبار، وفي قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن﴾<sup>(١)</sup> الآية إيحاء إلى ذلك؛ لدلالته على أنه مع المسيس ثبت الجناح، وهو مهر المثل اتفاقاً

ولا يخفى أن ذلك حيث لم يفرض لها المهر حتى دخل بها

وأما الحكم الثاني فصريح القرآن باطق به وهو قوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾<sup>(٢)</sup>، ووجوب المتعة بالطلاق قبل الدخول، والعرض مدلول عليه بقوله تعالى: ﴿ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾<sup>(٣)</sup> في سياق التطليق قبل المسيس وقبل لفرض، ولا يخفى أن المراد بالوطء هنا وفي سائر مواضع إطلاقه تعييب الحشفة.

(١) البقرة ٢٣٦

(٢) البقرة ٢٣٧

(٣) البقرة ٢٣٧

ولا يجب مهر المثل ولا المتعة بنفس العقد، فلو مات أحدهما قبل الدخول والطلاق والفرض فلا شيء، وبعد الدخول مهر المثل، وبعد الفرض المفروض.

قوله: (ولا يجب مهر المثل ولا المتعة بنفس العقد).  
أما المتعة فإما تجب بالطلاق قبل المسيس والفرض فلا يجب بنفس العقد، وأما مهر المثل فبعض الشافعية أوجبوه بالعقد<sup>(١)</sup>، وأصحابنا على وجوبه بالوطء.  
وقد أوردنا في أول الباب رواية منصور بن حازم<sup>(٢)</sup>، الدالة على ذلك، ويؤيده أن العقد سبب في وجوب ما تضمنه دون ما لم يذكر<sup>(٣)</sup>؛ لا انتفاء سببه.  
قال الشيخ في المبسوط: «معرصة البضع لا تنكح بالعقد مهراً أصلاً، وإما تملك بالعقد أن تملك»<sup>(٤)</sup>.

فرع: لا تجب المتعة عندما إلا في معرصة البضع إذا طلعت قبل المسيس ولم يفرض لها مهر، وهل يستحب لباقي المطلقات؟ الأصح نعم، وقد نطق القرآن بالحكم في قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء﴾<sup>(٥)</sup> الآية.  
قوله: (فلو مات أحدهما قبل الدخول والطلاق والفرض فلا شيء، وبعد الدخول المثل، وبعد الفرض المفروض).

وجه عدم وجوب شيء انتفاء سبب الوجوب؛ لأنه في صورة التفويض منحصر في الفرض والدخول، لثبوت سببيتها له في الكتاب والسنة وانتفائها عن الموت؛ لعدم النص، فيتمسك بأصالة العدم وأصالة براءة لفظة.  
وقد روى الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام: في المتوفى عنها زوجها

(١) قاله أبو اسحاق، انظر المبسوط ١٦: ٣٧٢

(٢) التهذيب ٧: ٣٦٢، حديث ١٤٦٧، الاستبصار ٢

(٣) المبسوط ٤: ٢٩٦

(٤) «معرفة» ٢٣٦

ولو تراضيا بعد العقد بالفرض - وهو تقدير المهر وتعيينه - صح،  
سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه، وسواء علما مهر المثل أو  
أحدهما أو جهلاء.

قبل الدخول: «إن كان فرض لها زوجها مهرأ فلهما، وإن لم يكن فرض مهرأ فلا .  
مهر»<sup>(١)</sup> نعم يثبت الميراث لتحقق الزوجية المقتضية له.

وقول المصنف.(فلا شيء) يعم المهر والمنفعة، وذهب أبو حنيفة<sup>(٢)</sup>، وأحمد<sup>(٣)</sup>،  
وبعض الشافعية إلى وجوب مهر المثل بالموت كما يجب بالوطء<sup>(٤)</sup>.

قوله: (ولو تراضيا بعد العقد بالفرض، وهو تقدير المهر وتعيينه صح،  
سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه، وسواء علما مهر المثل أو  
أحدهما أو جهلاء).

لا ريب أن الزوجين إذا تراضيا بعد عقد المكاخ مع التفويض على فرض  
المهر وتقديره صح، لأن الحق لا يعدوهما ولم يتعين بعد، فصح منها تعيينه.

وبذلك نطق القرآن في قوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن  
وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾<sup>(٥)</sup>. وقد عرّف المصنف الفرض بأنه:  
(تقدير المهر وتعيينه) وتقديره إشارة إلى ذكر مقداره، وتعيينه إشارة إلى ذكر جنسه  
ووصفه. ويمكن أن يريد بتقديره ما يعم بيان جنسه ووصفه، ويكون قوله: (وتعيينه)  
مسوقاً لتفسيره وبيانه.

إذا تقرر ذلك فإذا قراء صح، سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه،

(١) التهذيب ١٤٦: ٨ حديث ٥٠٥، الاستبصار ٣٤١: ٣ حديث ١٢٩٥

(٢) انظر المغني لابن قدامة ٥٩: ٨، المجموع ٣٧٣: ١٦

(٣) المصدرين السابقين.

(٤) قاله اصحابه انظر المجموع ٣٧٣: ١٦

(٥) البقرة: ٢٣٧.

والاعتبار في مهر المثل بحال المرأة في الجبال والشرف وعادة أهلها ما لم يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم، فإن تجاوزت إليها.

وسواء كانا عالمين بقدر مهر المثل أو جاهلين أو بالتفريق وفي وجه للشافعية<sup>(١)</sup> بطلان الفرض مع جهلها أو جهل أحدها بمهر المثل، بناء على وجوب مهر المثل بالعقد وإن المعروض بدله، وكذا فيما إذا فرضا زيادة على مهر المثل وجه بالبطلان مبني على ذلك، وقد سبق ما يدل على بطلان المبني عليه.

قوله: (والاعتبار في مهر المثل بحال المرأة في الجبال والشرف وعادة أهلها، ما لم يتجاوز السنة وهو خمسمائة درهم، فإن تجاوزت إليها).

لا ريب أن مهر المثل هو قيمة المثل باليسرة إلى البضع، والمراد به ما يليق بدله في مقابل نكاح أمثاله، والحاجة تنس إليه في مواضع منها التسمية الفاسدة، ومنها إذا نكح عدة نساء بمسمى واحد فإنه يصح ويورع على مهر أمثاله، ومنها الوطء في النكاح الفاسد والشبهة والاكراه، فإنه يوجب مهر المثل، وكذا ما جرى هذا المجرى، ومنها المعوضة وهي المقصودة بالبيان هنا.

إذا تقرر ذلك فقد قال المصنف: إن (الاعتبار في مهر المثل بحال المرأة في الجبال والشرف وعادة أهلها ما لم يتجاوز مهر السنة)، فاعتبر فيه ثلاثة أمور، لكن استبعد من آخر كلامه اعتبار كل ما يختلف لأجله المهر وإن كان الموجود في عبارته ما يختلف لأجله النكاح، ولا يريد به إلا المهر

وبه صرح في تحرير<sup>(٢)</sup>، وكذا لشيخ في المبسوط<sup>(٣)</sup>، وجماعة من الأصحاب<sup>(٤)</sup>، واعتصر المفيد على اعتبار الشرف والجبال<sup>(٥)</sup>، واعتبر أبو الصلاح النس

(١) المجموع ١٦: ٣٧٢

(٢) اسطر ٢: ٣٥٠

(٣) المبسوط ٤: ٢٩٩

(٤) مهم ابن حمزة في الوسيلة ٢٤٨

(٥) لمعه ٧٨

والجمال والتحصى<sup>(١)</sup> ولا شبهة في اعتبار جميع ذلك، ومنه عقلها وتأديبها وسارها، وبكارتها، وصراحة سببها وشرفه، ومعرفتها بتدبير المنزل وما جرى هذا المجرى، وأضداد ذلك؛ لأن المهر يختلف بجميع ذلك اختلافاً بيناً، والركن الأعظم في ذلك عادة أهلها.

وتنقيحه: إن مهر مثل المرأة ما جرت العادة المستمرة بهجمله مهرًا لنساء أهلها اللاتي هن في مثل صفاتها اللاتي يريد لهن مهر أو ينقص باعتبارها كائنًا ما كان والمرجع في مهرها إلى مهرهن إذا ساوين في الصفات التي لها مدخل في زيادة مهر ونقصانه. ومن هذا يعلم أن اعتبار المصنف ليس حجة؛ لأنه ليس بمجموع الأمور الثلاثة التي ذكرها في أول كلامه هي المرجع في تعيين مهر المثل، وإنما المرجع عادة أهل، والاستواء في الصفات المذكورة شرط، وظاهر أول الكلام اعتبار عادة أهل مطلقاً مع الشرف والجمال، وحرر الكلام يدفع هذا الوهم.

وقيد المصنف وأكثر الأصحاب<sup>(٢)</sup> مهر المثل بها إذا لم يتجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم، فإن تجاوز رد إليها، احتجاجاً بما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمى صداقها حتى دخل بها قال «السنة، والسنة خمسمائة درهم»<sup>(٣)</sup>.

وطس فيه المصنف في المختلف بأنه غير دال على المطلوب صريحاً<sup>(٤)</sup>، وهو كما قال، فإن المبحوث عنه هي المفوضة، ومورد الرواية ما إذا وهم أن يسمى صداقها ويلوح منه إن كان أراد التسمية بسببها، وليس هذا من التفويض في شيء، ومن

(١) الكافي في الفقه: ٢٩٣

(٢) مهم الشيخ في الميسر: ٢٩٩، وابن الأثير في التهذيب: ٢، ٢١١، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٤٨

(٣) التهذيب: ٣٦٢٧ حديث ١٤٦٩، الاستبصار: ٣، ٢٢٥ حديث ٨١٥

(٤) المختلف: ٥٤٩

الممكن أن يكون قد ذكر في العقد ما يقتضي مهر السنة.  
وحكى المصنف في المختلف قولاً لبعض علماؤه، بأن مهر المثل لا يتقدر بقدره؛  
لاطلاق الأخبار في ذلك<sup>(١)</sup>؛

مثل رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام، في رجل  
تزوج امرأة ولم يعرض لها صداقاً ثم دخل بها قال: «لها صداق نسائها»<sup>(٢)</sup>.  
وموثقة منصور بن حازم قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج  
امراً ولم يعرض لها صداقاً، قال: «لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها  
مهر نسائها»<sup>(٣)</sup>.

وصحيفة الحلبي قال سألت عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يعرض لها مهرأ  
ثم طلقها، قال «لها مهر مثل مهر نسائها ومهرها»<sup>(٤)</sup>.

ويؤيده أن البضع ملحق بالأموال فيجب أن يكون مهر المثل له هو ما يقتضي  
لرعيات بذله لأمثال تلك المرأة بالعماء ما بلغ كسائر الأموال.

ويؤيد الأول اشتهاار القول بذلك بين الأصحاب حتى كاد يكون إجماعاً، بل  
دعى اإشارح المااصل الاتفاق على ذلك<sup>(٥)</sup> وليس الأمر كما ادعاء قطعاً، فإن لمصنف  
صرح بالخلاف عندنا في المختلف<sup>(٦)</sup>، وحكى لقولين ولم يرجح شيئاً، ولا شبهة في قوة  
القول الثاني، لكن مخالفة كبار الأصحاب من الأمور المستهجنة، والعمل بالمشهور  
أحوط.

(١) لمختلف ٥٤٩.

(٢) الكافي ٢٨٩ ٥ حديث ١٠ إسناده ٣٦٢ ٧ حديث ١٤٦٦، الاستبصار ٢٢٥ ٣ حديث ٨١٢.

(٣) إسناده ٣٦٢ ٧ حديث ١٤٦٧، الاستبصار ٢٥٥ ٢ حديث ٨١٢.

(٤) إسناده ٣٦٢ ٧ حديث ١٤٦٨، الاستبصار ٢٢٥ ٣ حديث ٨١٤.

(٥) بصاح القول ٢١٥ ٣.

(٦) لمختلف ٥٤٨.

وهل المعتبر العصبات أو الأقارب مطلقاً؟ اشكال، أما الأم فليست من نسبها فلا يعتبر بها.  
نعم يعتبر في أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها، فإن البلاد تتفاوت في المهور، وأن يكونوا في مثل عقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وصراحة نسبها، وكل ما يختلف لأجله النكاح.

قوله: (وهل المعتبر العصبات أو الأقارب مطلقاً؟ اشكال).  
قد سبق أنه يعتبر في مهر المثل للمرأة بمدة أهلها، ولا ريب أن الأهل يصدق من طرف الأم ومن طرف الأب.  
وذكر المصنف في إعتباره من طرفين أو من طرف الأب خاصة وهي العصبات اشكالا بنشأ. من دلالة لأخبار على اعتبار نسائها وهو عام، لأنه جمع مضاف إليهم الأقارب.

ومن أن المهر مما يقع به المدخلة فيعتبر فيه قرايات الأب دون الأم؛ لعدم اعتبارهم في المفاخرة، ولأن بنت الشريف إذا كانت أمها وضيفة لا حسب لها ولا نسب يضر بحالها اعتبار قرايات أمها، وليس بشيء.

وبالأول قال الشيخ<sup>(١)</sup>، وأكثر الأصحاب<sup>(٢)</sup>، وبالثاني قال ابن البراج<sup>(٣)</sup>، وضعفه ظاهر، والأول هو المختار.

قوله: (أما الأم فليست من نسبها فلا يعتبر بها، نعم يعتبر في أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها، فإن البلاد تتفاوت في المهور، وأن يكونوا في مثل عقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وصراحة نسبها، وكل ما يختلف لأجله النكاح).

(١) المبسوط ٤٩٩:١

(٢) منهم ابن تيمية في السرر، ٢٠٢، وابن حزم في الوسيلة ٢٤٨

(٣) المهذب ٢١١:٢

هنا مباحث:

الأول: صرح المصنف رحمه الله بأن الأم لا تعتبر بها في مهر ابنتها؛ لأنها ليست من نسبها، لأن النسب إبه هو من جانب الأبوة دون الأمومة؛ لما دل عليه قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾<sup>(١)</sup> وصعف هذا الاستدال أظهر من أن يحتاج إلى البيان، لأن الأم دحنة في نساء المرأة قطعاً.

وقد دلت الأخبار السالفة على اعتبار ساقها، ولم يجر للنسب فيها ذكر، فيجب الاعتبار بها لا محالة وكان على المصنف أن يجعل الاعتبار بالأخص حملة محل الاشكال كذوي الأرحام، فأما الحزم بعدم الاعتبار به ولاشكال فيما عداها من ليس بعصبة فلا وجه له.

الثاني: هل يعتد في أقاربها أن يكونوا من أهل بلدتها؟ احلف الأصحاب في ذلك فصرح المصنف هنا وفي التحرير<sup>(٢)</sup> باعتبار ذلك، وبه صرح الشيع في الخلاف<sup>(٣)</sup>، والميسوط<sup>(٤)</sup>، وابن البراج<sup>(٥)</sup>، وجعل المصنف في المختلف عدم اعتباره احتمالاً ولم يرجح شيئاً<sup>(٦)</sup>.

ورجع الشارح الفاضل عدم اعتباره<sup>(٧)</sup>، وأطلق المصنف يشهد له ويمكن أن يحتاج للأول بأنه لو لا اعتبار اتحاد البلد لزم وقوع ضرر عظيم على

(١) المرقن، ٥٤.

(٢) التحرير ٣٥:٢.

(٣) الخلاف ٢٢٤:٣ مسألة ٦ كتاب الصديق.

(٤) الميسوط، ٢٩٩:٤.

(٥) الهدى ٢: ٢١٩.

(٦) المختلف، ٥٤٩.

(٧) البصاح الفوائد ٢١٦:٣.



### الزوج، واللام باطل بالنص والاجماع.

بيان الملامح إن اختلاف البند في المهور اختلافاً عظيماً أمر واقع، فإذا اتفق كون المرأة في بلد مهر نساء شرعه قبيل جداً ومهور أهل تلك المرأة في بلادها في غاية الكثرة كآلف أوقية من لذهب مثلاً، ثم نكحت مفوضة، ولم يعتد البند في مهر مثل نساها، بل أوجبنا عليه ذلك الأمر العظيم، وهو عاقل عنه لا يعرفه هو ولا أحد من أهل بلاده، بل يربو على مهور أكثر نساء ذلك القطر لزم مالا يريد عليه من الضرر.

ولأن قيم الأموال الحقيقية يعتبر فيها البلد قطعاً؛ فلأن يصر ذلك في قسم البضغ أولى، لأنه ليس مالا حقيقياً ولا المقصود الأصلي منه المال، ومخار المصنف هو:

الثالث: اعسر ابن السراج في نساء العصابة قرب الدرجة، فإذا وجدت الاخوات والعاهات كان الاعتبار بالأخوات<sup>(١)</sup>، ونحوه قال ابن حجر<sup>(٢)</sup>، والنصوص وعبارات الأصحاب مطلقة

الرابع لا ريب أن نساءها به يعبرن إذا كن مساويات في جميع الصفات، لقي تختلف المرأة باختلافها، سواء كانت دينوية أو دنيوية، ولو تميزت عليهن بحال أو يسار أو صراحة نسب أو شرعه، أو دين أو تقوى ونحو ذلك، اعبرت تلك العصابة في زيادة مهرها.

ولو نقصت عنهن صفة نقص من مهرها بحسبها، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله: (وأن يكونوا في مثل عفتها وجهها - إلى قوله - وكل ما يختلف لأجله السكاح)

(١) المذهب ٢ ٢١١

(٢) الوسيلة ٣٤٨

والأقرب عدم تقديره بمهر السنة فيما أشبه الجناية كالنكاح الفاسد،  
ووطء الشبهة، والاكراه.

والمراد المهر كما قدمناه؛ لعدم تعقل اختلاف سكاك بالسبة إلى غير المهر  
ومنه يعلم اعتبار جميع تلك الصفات بالاصابة اليها وإن كان أول كلامه قاصراً  
عن ذلك.

والمراد بصراحة السب خلوصه عن التهم المدسة له، ولا يخفى أن الاعتبار  
بمهر النساء الجاري على مقتضى الحال هو خففت وأحدة مسامحة أو لزياده شرف  
وتعوه في زوجها لم يكن تحميفها معبراً.

الخامس. لو اختلف مهر نسائها مع المائلة السابقة اعبر الأغلب، فإن  
استوين فهي الحكم اشكال. ولو لم يكن لها أقارب، ففي اعتبار مثلها من أهل بلدها  
اشكال أيضاً، فإن اعتبرناه وقد ففي اعتبار أقرب البلدان إلى بلدها اشكال أيضاً  
ولا يخفى أن موت ساء الأقارب لا يعد ماعاً من الرجوع اليهن، لأن الاعتبار  
عادهن ولا ينتفي بصوتهن واعلم أن الصمير المذكور في قوله (يكوبوا) يعود إلى  
أقاربها، فإن لفظه مذكر ويراد به الإناث.

قوله: (والأقرب عدم تقديره بمهر السنة فيما أشبه الجناية كالنكاح  
الفاسد، ووطء الشبهة، والاكراه).

قد عرفت أن مهر المثل يجب في موضع وقد ذكر المصنف سابقاً ضابطه، وقيد  
بأن لا يسجاوز مهر السنة، فافضى ذلك بيوت القيد في جميع مواضع مهر المثل، ولما  
كان ذلك غير مرصى عنه، بل هو مخصوص بما عدا ما أشبه الجناية به عليه بقوله:  
(والأقرب عدم تقديره ١٠) فهو في قوة الاستثناء من إطلاق الكلام السابق

ثم ما الذي يراد بـ (ما أشبه الجناية)؟ بلوح من تشيل المصنف أن يراد به  
موضع وحوب المهر حيث لا يكون هناك نكاح صحيح

والمعتبر في المتعة بحال الرجل، فالغني يمتع بالدابة، أو الثوب المرتفع، أو عشرة دنانير. والمتوسط بخمسة، أو الثوب المتوسط. والفقر بدينار أو خاتم وشبهه.

ويظهر من كلام الشارحين<sup>(١)</sup> أن المراد به ما عدا المفوضة، فإن استدلالها يرشد إلى ذلك. ووجه القرب أن بوطء في المواضع المذكورة قد استوفى مفعلة تقابل بهال فوجب عوضها الذي يقتضي عرف مقابلتها به، ونقص شيء منه على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع القطع بثبوت النقص، وهو المفوضة. ولو حملت عبارة المصنف على ما يجوز من أمثله، فوجه القرب أن ما أشبه الجناية (تلاف محض) لعدم استناده إلى عقد معتبر شرعاً مقرون بالتراضي، فيجب عوضه بالعماء ما بلغ، ولا ينقص منه شيء؛ لانقضاء الرضى المقتضي بالنقص ويضعف بأن الرضى وعدمه لا دخل له في الزيادة والنقصان، ويحتمل مع الزيادة على مهر السنة رده إليه؛ لأن ذلك عوض البضع شرعاً، فيكون هو الواجب في كل موضع من مواضع وجوب مهر المثل دون ما عداه ولقائل أن يقول إن التخصيص الذي ذهب إليه المصنف لا يدل عليه دليل، لأن الخلاف في رد مهر مثل المفوضة إلى السنة مع الزيادة عليه ثابت، فانتفى الاتفاق الذي ادعاه الشارح، وليس في الباب نص يرجع إليه سوى روايه أبي بصير السالفة<sup>(٢)</sup> وهي مع ضعفها غير دالة على المطلق، فإلزام القول بوجوب مهر المثل من غير نقص.

قوله: (والمعتبر في المتعة بحال الرجل، فالغني يمتع بالدابة أو الثوب المرتفع أو عشرة دنانير، والمتوسط بخمسة أو الثوب المتوسط، والفقر بدينار أو خاتم وشبهه).

(١) إصباح المرائد ٣/٢١٦

(٢) التهذيب ٣/٣٦٧ حديث ١٤٦٩، الإصحاح ٢/٢١٥٢ حديث ٨١٥

قد سبق أن المفوضة إذا طُفقت قبل الدخول وحسب لها المتعة لا غير، وهو منصوص في الكتاب والسنة ويجمع عليه بين المسلمين.

قال الله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ مَوْسَعٍ قَدَرِهِ وَعَلَىٰ الْمَقْتَرِ قَدَرِهِ﴾<sup>(١)</sup>. وفي رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «إذا كان الرجل موسعاً عليه متع امرأته بالعبد والأمة، والمقتَر يمنع بالحسنة والريب والثوب والدرهم»<sup>(٢)</sup> الحديث. وعن أبي بصير قال قلت لأبي جعفر عليه السلام: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>(٣)</sup> ما دُسي ذلك المتاع إذا كان الرجل معسراً لا يجد؟ قال «الحبر وشبهه»<sup>(٤)</sup>.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن المشهور بين الأصحاب أن الاعتبار في المتعة بحال الزوج بالنظر إلى يساره واعساره بحسب العادة دون الروحه، وقال بعض الأصحاب: إن الاعتبار بحالها جميعاً، وحكى لشيخ في المبسوط قولاً إن الاعتبار بها<sup>(٥)</sup> والأصح الأول، لظاهر الآية والرواية، وقد قسم الأصحاب حال الزوج إلى ثلاثة: اليسار، والاعسار، والنوسط فإنه في الواقع كذلك، وعيّنوا لكل مرتبة أشياء على مقتضى القانون العرفي.

ولا يمتنع أن يراد بالدابة الفرس، لأن ذلك هو الاستعمال الشائع بين الفقهاء، وقد سبق في الرواية العبد أو الأمة وهما بمنزلة لفرس، ولو أريد غيرها بحيث يدخل الفيل والحمار جاز أيضاً مع نفاسته.

(١) البقرة: ٢٣٦

(٢) الكافي ١٠٥: ٦ حديث ٣، التهذيب ١٣٩: ٨ حديث ٤٨٤

(٣) البقرة: ٢٤١

(٤) الكافي ١٠٥: ٦ حديث ٥، التهذيب ١٤٠: ٨ حديث ٤٨٦.

(٥) لمبسوط ٤: ٢٩٥

ولا يستحق المتعة إلا المطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها.

واطلقوا الحاتم بالنسبة إلى الفقير، فلا يتقيد بكونه ذهباً ولا فضة، لكن لا بد من أن يكون منظوراً إليه في العادة.

قوله: (ولا تستحق المتعة إلا المطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها).

المراد بالاستحقاق وجوبها لها، يدل على ذلك قوله تعالى ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن﴾<sup>(١)</sup> فإن المعنى - والله اعلم - نفي الجناح.

والمراد به هنا المهر أو نصفه بحسب طلق إلا أن يحسن، أي يدخل أو يفرض المهر وأمر بالمتعة حيثئذ والأمر للوجوب، وروى الحلبي عن أبي عبد الله في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها قال: «عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، وإن لم يكن فرض فليمتعها على نحو ما يمتع مثله من النساء»<sup>(٢)</sup> الحديث.

ولا تحب المتعة لغير المذكور لكن يستحب، روى حفص ابن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يطلق امرأته أو يمتعها قال: «نعم، أما تحب أن يكون من المحسنين، أما تحب أن يكون من المتقين»<sup>(٣)</sup>

وذهب المصنف في المختلف إلى وجوب المتعة إذا فارق المفوضة قبل الدخول بلعان وشبهه من الأسباب الصادرة عنه كردته وإسلامه، بعد أن حكى عن الشيخ في المبسوط<sup>(٤)</sup> التردد في ذلك نظراً إلى أنها في معنى الطلاق.

(١) البقرة: ٢٣٦

(٢) الكافي ١٠٦٦ حديث ٣، التهذيب ١٤٢: ٨ حديث ٤٩٣

(٣) الكافي ١٠٤٦ حديث ١، التهذيب ١٤٠: ٨ حديث ٤٨٧

(٤) المبسوط ٣٢٠: ٤

ولو اشترى زوجته فسد النكاح، ولا مهر ولا متعة.  
وللمفوضة المطالبة بفرض المهر لمعرفة ما يستحق بالوطء أو للتشطير  
بالطلاق.

واختار في المختلف عدم الوجوب في غير المطلق<sup>(١)</sup>، وهو مختار ابن ادريس<sup>(٢)</sup>،  
واختاره المصنف في التحرير<sup>(٣)</sup>، وهو الأصح.

قوله: (ولو اشترى زوجته فسد النكاح ولا مهر ولا متعة).  
المراد شراؤها قبل الدخول؛ لأنه إذا دخل وحب المهر للسيد، والمراد أيضاً ما  
إذا كانت مفوضة، لأن غيرها لا يجب متعتها وإن طلق.

وإنما لم يجب المتعة هنا لأن الفرقة بعد الطلاق لا يجب بها المتعة، على ما  
قدمناه، ولأنه لو وجب شيء لكان حقه أن يكون له، لأنه المشتري على ما سبق في  
نكاح الاماء ولا يجب له على نفسه مال.

واعلم أنه لا فرق في وجوب المتعة حيث يجب بين كون الزوج حراً أو عبداً،  
ولا بين كون الزوجة حرة أو أمة، ولا يخفى أن الاعتبار في الزوج العبد بحال السيد  
قوله: (وللمفوضة المطالبة بفرض المهر لمعرفة ما يستحق بالوطء أو  
للتشطير بالطلاق).

قد بينا فيها سبق أن المفوضة لا تستحق المهر بالعقد لكنها ملكة ان تملكه،  
فلها مطالبة الزوج بفرضه وتعيينه قبل المسيس لفوائده.

منها: أن تعرف ما يستقر لها بالوطء فتكون على تثبيت من تسليم نفسها.  
ومنها: تشطره بالطلاق ونحوه كالردة

ومنها: لزومه بموت أحدهما، وإنما كان لها المطالبة بالفرض لأنها بالعقد ملكة

(١) اختلف ٥٥١

(٢) السرائر ٣٠٢

(٣) لتحرير ٢١١ ٢

ولها حبس نفسها للفرض والتسليم.

ولو اتفقا على الفرض جاز، وإن اختلفا ففي فرض الحاكم إذا ترافعا إليه نظر أقربه أنه يفرض مهر المثل.

إن تملك مهرًا، لأنه لولا ذلك لم يجب المهر بالفرض إذ هو بمنزلة الوعد، والثاني باطل، فلها طلب فرضه وتعيينه، لا امتناع التسليم إليها بدونه، فمتى فرضه كان كالمسمى بالعقد.

قوله: (ولها حبس نفسها للفرض والتسليم).

لأن الكاح فيه بمعنى المعاوضة وإن جاز أحلاء العقد عن ذكر المهر، ولولا ذلك لكان كالحبة، فللزوجة حبس نفسها للفرض وتسليم المهر، لأن قضية المعاوضات حبس المعوض إلى حين قبض المعوض.

قوله: (ولو اتفقا على الفرض جاز، وإن اختلفا ففي فرض الحاكم إذا ترافعا إليه نظر، أقربه أنه يفرض مهر المثل)

لأشبهه في أن الزوجين إذا اتفقا على فرض المهر صح وتعين ما فرضاه، وإن لم يتفقا فالأحوال ثلاث.

الأولى: أن يفرض الحاكم إذا ترافعا إليه، وفي صحته نظر ينشأ من أن الفرض اثبات للمهر في دعة الزوج، وذلك منوط بتراضي الزوجين دون حكم الحاكم ومن أن العرض من نصبه سد باب الخصومات وقطع المازعات، وليس الفرض اثباتاً للمهر بل أنه تعيين له، فيصح منه كما يعين النفقة للزوجة ونحوها على القائب ومن جرى مجراه.

والأقرب عند المصنف أنه يصح فرضه لمهر المثل من غير زيادة ولا نقصان، كما في قيم التلغات، ولا يقدح زيادة القدر اليسير الذي يقع في محل الاجتهاد، وكذا نقصانه؛ لأنه مما لا يتحرز منه في العادة، ولا يعد في العادة زيادة ولا نقصاناً كتفاوت المكاييل والموازن.

ولو فرضه أجنبي ودفعه إليها ثم طلقها احتتمل المتعة، فتد على  
الأجنبي؛ لأن فرض الأجنبي يوجب على الزوج مالاً، وليس ولياً ولا وكيلأ

وعلى ما احتاره من أن مهر المثل ين راد عن مهر السنة رد إليه يجب أن يقال  
هذا يفرض مهر المثل إلا أن يريد على مهر السنة فيعرض مهر السنة لا أزيد ولا  
انقص، وبه صرح في التحرير<sup>(١)</sup>، وعلى ما حرماه بفرض مهر المثل مطلقاً.  
إذا تقرر ذلك فاعلم أنه لا بد أن يكون الحاكم عارفاً بمهر المثل، وإلا لم يصح  
فرضه، كما في قيم المنوعات والنفقات إذ انتهى الأمر إليه في تعيينها، وإنما يفرضه من  
نقد البلد العالب حالاً كما في سائر القيم.  
فإن رصيت الروحة بالتأجيل لم ينبت الأهل، لأنه خلاف الأصل، ولا حتال  
لصرد على الروح  
ثم عد إلى عبارة الكتاب واعلم أنه يدوح من طاهرها أن في فرض الحاكم ثلاثه  
أوجه

أحدها، العدم

والثاني، صحة العرض

والثالث، تقييد الصحة بكون المروض مهر لمثل. والدال على ذلك فيها هو  
تقييد الأقرب بكون المروض مهر المثل، إذ لو كان مشأ النظر هو احتمال عدم  
العرض واحتمال فرض مهر المثل كفي ترحيحه عن تعيين مهر المثل.  
ولا شك في أن المسألة لا ينحه فيها، إلا احتمالان، لامتناع تجويز الفرض مطلقاً  
امتناعاً ظاهراً كما في سائر القيم.

قوله: (ولو فرضه أجنبي ودفعه ليها ثم طلقها احتتمل المتعة فيرد على  
الأجنبي؛ لأن فرض الأجنبي يوجب على الزوج مالاً، وليس ولياً ولا



فكان وجود فرضه كعدمه. والصحة؛ لأنه يصح قضاؤه عنه فصح فرضه ويرجع بصفه إما إلى الزوج؛ لأنه ملكه حين قضي به ديناً عليه، أو إلى الأجنبي؛ لأنه دفعه ليقضي به ما وجب لها عليه، وبالطلاق سقط وجوب النصف، فيرد النصف إليه؛ لأنه لم يسقط به حق عمن قضاء عنه

وكيلاً، فكان وجود فرضه كعدمه. والصحة؛ لأنه يصح قضاؤه عنه فيصح فرضه، ويرجع بصفه إما إلى الزوج؛ لأنه ملكه حين قضي به ديناً عليه، أو إلى الأجنبي؛ لأنه دفعه ليقضي به ما وجب لها عليه، وبالطلاق سقط وجوب النصف فيرد النصف إليه؛ لأنه لم يسقط به حق عمن قضاء عنه).

هذه هي الحالة الثابتة، وهي أن يفرض المهر الأجنبي، والمراد به من ليس له ولاية ولا وكالة وليس له حكم، فإذا مرضه ورضيت به ثم دفعه إليها من ماله ثم طلقها الزوج، فهي صحة الفرض والدفع احتياليان؛

أحدهما: البطلان، فتجب للزوجة المتعة كما في كل معوضة طلقت قبل الفرض والدخول، وقد وجه المصنف البطلان بأن مرض الأجنبي إذا صح يوجب على الزوج مالا وليس ولياً ولا وكيلًا فكان لعوا وجوده كعدمه.

والثاني: الصحة؛ لأن المهر كسائر الديون يصح من الأجنبي قضاؤه عن الزوج فيصح فرضه، لأن القضاء فرع الفرض، فلو لم يصح الفرض لم يصح القضاء، والتالي باطل.

ولقائل أن يقول: تمنع صحة القضاء في محل النزاع؛ لأن الذي يصح قضاؤه من الأجنبي هو الدين الثابت في الذمة دون غيره، والمهر في محل النزاع ليس كذلك.

إذا تقرر ذلك، فعلى احتمال الصحة إلى من يعود نصف المدفوع من الأجنبي

بالطلاق؟ ذكر المصنف فيه احتمالين.

أحدهما: عوده إلى الروح، و استدلل عليه بأنه قد ملكه ضمناً حين قضى به دينه، وفيه منعه.

والثاني: عوده إلى الأجنبي، لأنه دفعه ليقضي به ما وجب لها على الروح، وبالطلاق سقطت وجوب النصف فيرد إلى المدفع؛ لأنه لم يسقط به حق عمن دفعه عنه ولقائل أن يقول: إن سقوط النصف بها تحقق بعد لقضاء والحكم بصحته لأنه المفروض، فكيف يصح قوله. (لم يسقط به حق عمن قضاه عنه)، ويمكن توجيهه بأن ملكية هذا النصف دائرة بين الروح والروحة. والدافع إما الزوجة فقد بطل ملكها إياه بالطلاق، وإما الروح فإنه لا دليل يدل على دخوله في ملكه فلم يبق إلا الدافع والأصح بطلان كل من العرض والمدفع، فله المتعة، والمدفع باق على ملك دافعه.

ثم عد إلى عبارة الكتاب ونبه لأمور:

الأول: إن المصنف هنا وفي التحرير فرض المسألة - أعني فرض الأجنبي للمهر - فيها إذا فرضه ودفعه<sup>(١)</sup>، وكذا استرخ في المبسوط<sup>(٢)</sup>، فيلوح من ذلك أن فرضه من دون الدفع لا أثر له وهو متجه؛ لأنه حينئذ حكم على من لا سلطة له عليه الثاني: إن رضى الزوجة لا بد منه؛ لامتناع القضاء من دونه، وهذا وإن لم يصرح به المصنف إلا أن عبارته يستلزمه، من حيث - دفعه إليها وأخذها له يستلزم رضاها.

الثالث: قوله: (لأنه ملكه حين قضى به ديناً عليه).

ينبغي أن يكون ملكه فعلاً ماضياً فيه صمير للزوج والبارر للمهر، والصمير في

(١) تحرير ٢٥٢

(٢) مبسوط ٢٩٦٤

ولو لم ترض بها فرضه الزوج بطل الفرض، فإن طلقها قبل الدخول فالمتعة، ولم يكن لها نصف ما فرضه وإن كان قد رضي به؛ لأنها لم تقبله. ويقبل فرضه إذا كان بقدر مهر المثل فصاعداً وإن كان محجوراً عليه للفلس، ويلزمه وإن زاد عن مهر السنة، لكن تضرب المرأة مع الغرماء بمهر المثل في المحجور عليه، ويتبع بالزيادة بعد فكه.

(قضى) يعود إلى الزوج أيضاً، وحقه أن يعود إلى الأحمي، وفي عوده إليه اختلاف مرجع الضائر بغير مائر، ولو جعل محمول الفاعل سلم من ذلك، لكن نصب (ديناً) بآياه، وقوله آخر (عمن قصاء عنه) أراد به قصد القضاء، أي بمن قصد قضاء عنه قوله: (ولو لم ترضي بها فرضه الزوج بطل الفرض، فإن طلقها قبل الدخول فالمتعة ولم يكن لها نصف ما فرضه وإن كان قد رضي به؛ لأنها لم تقبل).

هذه هي الحالة الثالثة، وهي أن يحرص المهر الزوج وحده، فإن لم ترض به كان باطلاً، وسيأتي إن شاء الله تعالى ما يعلم منه أن ذلك ليس على الطلاق، فإن طلقها قبل الدخول في هذه الحالة لم يجب لها إلا المتعة، فلا تستحق نصف ما فرضه وإن كان هو قد رضي به، لأن رضاه وحده لا اعتبار به من دون رضاها، لأن تعيين المهر وثبوته في الذمة موقوف على قبولها ورضاها، ومع انتفائه فلا شيء.

قوله: (ويقبل فرضه إذا كان بقدر مهر المثل فصاعداً وإن كان محجوراً عليه للفلس، ويلزمه وإن زاد عن مهر السنة، لكن تضرب المرأة مع الغرماء بمهر المثل في المحجور عليه ويتبع بالزيادة بعد فكه).

هذا كالاستثناء مما سبق من أنها لو لم ترض بها فرضه الزوج بطل الفرض، وتقريره أنه إذا حرص الزوج المهر بدون رضي لروحة قبل فرضه إذا كان بقدر مهر المثل فصاعداً.

صرح بذلك المصنف هنا وفي التحرير<sup>(١)</sup>، ووجهه أنها لا تستحق الريادة على مهر المثل، ولو طلبتها لم يحب إليها، وإذا انتهى العرض إلى الحاكم لم يجز أن يفرض الزيادة، ولو رضيت بالنقيصة لم يلزمه قبوله، فلزم الحاكم بقبول فرضه إياه وكذا إن زاد عليه بطريق أولى، ولله إشارة بقوله: (فصاعداً)، ولأن إطلاق لآية يقتضي اعتبار فرضه مطلقاً، حوّل فيه بقص عن مهر المثل لأنه لا يصح إلا برضاها قطعاً، فيبقى الباقي على حكم.

وأطلق الشيخ في المبسوط اعتبار رضاها في صحة العرض<sup>(٢)</sup>، وكما يصح ويلزم فرضه مهر المثل وأريد منه إذا كان مطلق التصرف، فكذا يصح إذا كان محصوراً عليه للعالم، لأنه إما يمنع من التصرف في أعيان الأموال؛ لتعلق حقوق الغرماء بها دون الرام دمه ببال لعبه، لأنه كامل، بخلاف المحصور عليه لنفسه.

فإذا فرض مهر المثل صح وصرحت به مع الغرماء قطعاً، لأنه عوض البصع المكافئ له، ولهذا صح للمريض الروح بمهر المثل فما دون.

ولا ينظر إلى زيادته على مهر السنة، وإن حكم بردها إلى السنة لو دخل بها قبل العرض، لأن ذلك ثبت على خلاف الأصل فيقتصر على موضعه، ولأن العرض الحقيقي للبصع مهر المثل كما في سائر قيم الأشياء.

والى ذلك أشار بقوله: (ويلزمه وإن زاد عن مهر السنة) أى وإن زاد قدر مهر المثل فصاعداً عن مهر السنة، وإن فرض زيد منه صرحت بمهر المثل مع الغرماء، وتبعته بالزيادة بعد فكه لاستقرارها في دمه وعدم مشاركة الغرماء لها.

وإنما حسن الاستدراك به (لكن) في كلام المصنف، لأن مقتضى قوله، (ويلزمه وإن زاد عن مهر السنة) إنها تضرب بالجميع، وليس كذلك، فاستدرك لدفع هذا الوهم.

أما لو فرض أقل، فإن كان بقدر السنة فالأقوى للزوم، وينبغي أن لا يدخل بالمفوضة إلا بعد الفرض.  
ولو وطأ المفوضة بعد سنين وقد تغيرت صفتها وجب مهر المثل،  
معتبراً بحال العقد ومهر المثل حال.

قوله: (أما لو فرض أقل، فإن كان بقدر السنة فالأقوى للزوم).  
قد سبق قبول فرضه بمهر المثل فصاعداً، ولو فرض أقل منه. فإن كان أقل  
من مهر السنة فلا شبهة في اعتبار رصدها في صحته، وإن كان بقدره ففي صحته بدون  
رصدها ولزومه وحدها.

أقواها عند المصنف الأصح والزم: لأهل الدخول لا يستحق أريد منه ولو  
كانت مفوضة المهر والحكم لها لم يخرجها أن تحكم بأريد منه هكذا هنا بل أولى لأن  
تطليعها قبله يوجب المتعة.

وموت أحدها لا يجب معه شيء، ولما عان أن يصنع الملامه، وقد أسلف المصنف  
أن الحاكم مع تنازعها إما يعرض مهر المثل لا أنقص وإن راد عن مهر السنة، فكيف  
يلزمها حكمه بمهر السنة مع بقائه.

والثاني لعدم، لأن الرجوع إلى مهر السنة مع نقصه ثبت على خلاف  
الأصل، فيقتصر فيه على موضع ليقين ومحل اتفاق، والأولى أن يقال: إن حكماً  
بردها إلى مهر السنة مع زيادة مهر المثل عليه لزم القول بعدم زيادة حكم الحاكم عن  
مهر السنة مع تنازعها وتراجعها عنه، وبقبول فرض الزوج إذا لم ينقص عن مهر  
السنة، وإلا فلا.

قوله: (وينبغي أن لا يدخل بالمفوضة إلا بعد الفرض، ولو وطأ المفوضة  
بعد سنين وقد تغيرت صفتها وجب مهر المثل معتبراً بحال العقد ومهر المثل  
حال).

ولو كان الزوج من عشيرتها ولعدة في نساؤها تخفيف المهر للقريب خفف، وكذا لو خفف عن الشريف.

هنا مسائل.

الأولى: يستحب للزوج أن لا يدخل بالمفوضة إلا بعد أن يفرض لها المهر، ليكون على بصيرة من أمرها، وهو المراد من قول المصنف: (ويصح).

الثانية: لو تزوجها مفوضة وتركها عدة سنين حتى تعبرت حالها وتبدلت صفتها ثم دخل بها، وجب مهر المثل معتبراً بحال العقد، دون حال الوطء؛ لأن زمان العقد هو وقت ملكية البصع ووقت دخوله في صباه، وهو الوقت الذي فيه ملكت أن تمتلك مهرًا بالعقد، وكان الاعتبار به، ويحصل لا اعتبار بحال الوطء؛ لأنه وقت وحوب المهر، والأول هو المذهب.

الثالث: مهر المثل الواجب بالدخول، والقرض من الحاكم والزوج إما يكون حالاً كما في قيم المتلفات، وكذا إذا تراضى الزوجان على فرضه ولم يؤجله فإن فرضاه مؤجلاً فسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى.

قوله: (ولو كان الزوج من عشيرتها، والعادة في نساؤها تخفيف المهر للقريب خفف، وكذا لو خفف عن الشريف).

قد سبق في تعيين مهر المثل أن المرجع فيه إلى عادة نساؤها، فإذا كان الزوج من عشيرة المرأة واقربائها، وكان عادة نساؤها تخفيف المهر عن الزوج القريب وتثقله على البعيد، خفف عنه كذلك اعتباراً بعادتهن.

وكذا لو كان من عاداتهن التخفيف عن الشريف نسباً أو صفة ونحوهما، وكان الزوج كذلك خفف عنه كذلك.

فإن قيل: لا دخل لصفات الزوج في مهر المثل، فلا ينظر إلى شرفه وقربه وضدها، فكيف اعتبرت صفاته هنا.

قلنا: الأمر كذلك ولم تعتبر صفاته هنا من حيث هي صفاته.

ويجوز اثبات الأجل في المفروض والزيادة على مهر المثل، سواء كان من جنسه أولاً.

وإنما اعتبرت من جهة حصول صفة اقترابات باعتبارها، فإن كونهن زوجات لرجال العشيرة صفة اقتضت تخفيف مهرهن بحسب العادة ونقصها، فإذا شاركن في تلك الصفة نقص من مهرها كما نقص من مهرهن باعتبارها، وكذا القول في شرف الزوج ونحوه.

قوله: (ويجوز اثبات الأجل في المفروض، والزيادة على مهر المثل، سواء كان من جنسه أولاً) <sup>(١)</sup> هنا مبحثان:

الأول: إذا فرض الزوجان المهر في محل العرس بتراصيها، حار لها فرصة مؤجلاً إذا كان الأحن معيماً، كما لو سمى في العقد مؤجلاً، وإطلاق العرس في الآية، وهو صادق مع التأجيل، خرج منه ما إذا لم ترص الروجة به فبقى ما عده، ويحتمل عدم الجواز لأن مهر المثل لا يكون، لا حالاً، والمفروض بدل منه، وهو ضعيف.

الثاني: إذا فرض أريد من مهر المثل صح، وإن لم ترص الروجة كما سبق وفي وجهه للشافعية العدم؛ لأن لأصل مهر المثل كما في قيم الأموال فلا يزد عليه <sup>(٢)</sup> وضعفه ظاهر، ولا فرق في هذا الحكم - أعني جواز الزيادة - بين أن يكون المفروض من جنس مهر المثل أو من غير جنسه.

وبعض الشافعية قطع بأن غير الجنس نصح فيه الزيادة، كما لو فرض عوضاً تزيد قيمته على مهر المثل، وخص لوجهين بها إذا كان من الجنس <sup>(٣)</sup>، والتحقق الجواز من غير فرق

وإلى ذلك أشار المصنف بقوله (سواء كان من جنسه أولاً) أي: يجوز فرض

(١) انظر الوجيز ٢٩٢، مغني المحتاج ٣/٢٣٠

(٢) انظر الوجيز ٢٩٢، مغني المحتاج ٣/٢٣٠

ولو أبرأته قبل الوطء والفرض والطلاق من مهر المثل أو المتعة أو منها لم يصح.

ولو قالت: أسقطت حق طلب الفرض لم يسقط.  
ولو كان نساؤها ينكحن بألف مؤجلة لم يثبت الأجل، لكن ينقص بقدره منها.

الزائد على كل من التقديرين.

قوله: (ولو أبرأته قبل الوطء والفرض والطلاق من مهر المثل أو المتعة أو منها لم يصح، ولو قالت: أسقطت حق طلب الفرض لم يسقط).  
هنا مسألتان.

الأولى. إذا أبرأت المفوضة الزوج قبل الوطء والفرض والطلاق من مهر المثل، أو من المتعة، أو منها لم يصح الإبراء قطعاً، سواء كانت عاملة بمهر المثل أو المتعة أم لا؛ لأن المهر لا يجب للمفوضة إلا بالوطء أو الفرض.

والمتعة إنما تجب بالطلاق قبل الدخول، والفرض انتفاء الجميع، فيكون إبراء مما لم يجب، ووجود سبب وجوبه لا يقتضي صحته.

الثانية: إذا أسقطت المفوضة عن الزوج حق طلب الفرض للمهر لم يسقط، كما لو أسقطت زوجة المولى حقها من مطالبة الزوج بإيه لا يسقط؛ وذلك لأن ثبوت المهر عند الوطء أو الفرض لا يسقط بإسقاطها، وحق طلب الفرض تابع له.  
ولا يخفى أن الفرض طلب حق المفوضة، فالحق في العبارة هو الطلب والاضافة بيانية.

قوله: (ولو كان نساؤها ينكحن بألف مؤجلة لم يثبت الأجل، لكن ينقص بقدره منها).

أي: لو كانت عادة نساء المفوضة أن ينكحن بألف مثلاً مؤجلة، بحيث كان الأجل د خلا في عاداتهن، فإذا استحققت مهر المثل بالوطء أو بالحاكم لم يثبت الأجل



ولو ساءحت واحدة من العشرة لم يعتبر بها.

فيه؛ لأن مهر المثل يلحق بقيمة المتلفات.

ولا تعتبر الاحالة كما سبق، لكن ينظر مقدور ما يقابل الأهل من الألف في العادة فينتقص؛ لأنه ليس من جملة مهر المثل، فإن الأهل له حظ من العوض ويجب لها ماعداً.

ثم عُذ إلى العبارة وأعلم أن في بعض المحاشي المسوبة إلى شيخنا الشهيد أن في العبارة مؤاخذتين:

أحدهما: أن الألف تلي على مهر السنة، وقد حكم برد مهر المثل إلى السنة، فلا يستقيم التمثيل به.

الثانية: أن الألف مذكر، فكيف وصفه بالمؤنث وهو قوله (مؤجلة) والتطابق بين الموصوف والصفة في التذكير والتأنيث واجب.

ثم أحاب عن الأولى بأن الألف في العبارة مبهم، فلا يتعين أن يكون دراهم - ليلزم مخالفة ما حكم به سابقاً ولو سئم حمل على دراهم صغار، ولا يريد على مهر السنة المعتبر بالدراهم الشرعية.

ويمكن أن يحاب أيضاً بأن ذلك في العبارة وقع موقع المثال، فلم يتعين أن يكون جارياً على مذهبه بحصول العرض به مطلقاً.

وعن الثانية بتأويل الألف بحملة من المال، وأجراء الوصف عليه باعتبار هذا التأويل. ولما ع أن يمنع حصول التطبيق بالتأويل المذكور

ويمكن الجواب بأن الألف مذكر اللفظ مؤنث المعنى؛ لأنه في معنى الجمع فالوصف بالمؤنث جار على المعنى.

قوله: (ولو ساءحت واحدة من العشرة لم يعتبر بها).

المراد بمساءحتها أن تسكح بأقل من عادة سائها، لا بصفة تقتضي النقص فيها، وحينئذٍ فلا يعتبر بها في تقدير مهر المثل، فيكون الاعتبار بمن عداها، بل يقال: إن

والاعتبار في الوطء في النكاح الفاسد بمهر المثل يوم الوطء وإذا اتحدت الشبهة اتحد المهر، وإن تعدد الوطء.  
ولو لم يكن شبهة كالزني مكرها، وجب بكل وطء مهر،

مهر مثلها مثل مهر الباقيات إذا ستوين في الصفات  
قوله: (والاعتبار في النكاح الفاسد بمهر المثل يوم الوطء).  
قد سبق أن الاعتبار في النكاح الصحيح بمهر المثل يوم العقد دون يوم الوطء؛  
لأنه سبب وجوب المهر، فإذا اختلفت صفات المرأة يوم العقد ويوم الوطء كان المعتبر  
حالتها يوم العقد.  
أما النكاح الفاسد فلا يترتب عليه أثر ولا يثمر ملكية البضع، فلا يعد  
سبباً لمهر المثل، فلا ينظر إلى حال المرأة عند انشاء عقده، بل إنما يعتبر حالها عند  
الوطء، لأنه حين الاتلاف المقتضى لصيانة المهر.  
ومن هذا يعلم أن المصنف لو قال بدل: (يوم الوطء) حين الوطء، لكان أسلم،  
فإن الحال قد يختلف في اليوم.

قوله: (وإذا اتحدت الشبهة اتحد المهر وإن تعدد الوطء، ولو لم تكن  
شبهة كالزاني مكرهاً وجب بكل وطء مهر).

هذا كالمتمم لما سبق؛ لأن الوطء بالنكاح الفاسد مع الجهل بالفساد من جملة  
أفراد الشبهة، وعبارته مثبتة لحكم جميع أفرادها، فيندرج فيها الوطء بالعقد الفاسد.  
وتقريرها أن اتحاد مهر المثل وتعدد الواجب بالوطء بالشبهة دائر مع اتحاد  
الشبهة وتعدد الواجب، سواء اتحد الوطء مع اتحاد الشبهة أو تعدد، فإذا اتحدت الشبهة وجب  
مهر واحد بالوطء وإن تعدد، كما أن اتحاد مهر وتعدد في النكاح الصحيح تابع لاتحاد  
العقد وتعدد مع وجود الوطء.

ولا ينظر إلى اتحاد وتعدد؛ وذلك لأن سبب الوجوب هو الشبهة مع الوطء،  
فيكون المعتبر اتحادها وتعدد؛ لأن تعدد لأسباب يقتضي تعدد المسببات؛ لأصالة

وإذا وجب الواحد بالوطء المتعدد اعتبر أرفع الأحوال.

عدم التعدد، واتحاد السبب يقتضي اتحاد السبب، لانتفاء المقتضي لما زاد على الواحد، كما لو ظن امرأة أمته واستمر ذلك سنة مثلاً والوطء يتكرر منه فإن الواجب مهر واحد.

ولو انكشف فساد الظن وعلم لحال، ثم حصل ظن بسبب آخر فوطأ وجب مهران، وهكذا. ولو لم يكن مع وطء شبهة لكن ألحق بالشبهة بسبب الاكراه، كالزاني بامرأة مكرهاً لها وجب لكل وطء مهر؛ لتعدد السبب الموجب وهو الزنا مع الاكراه، فإن الوجوب هنا بالاتلاف باستيفاء منفعة البضع.

ولا يعمى أن المراد باتحاد الشبهة وتعددتها بالنسبة إلى الرجل دون المرأة، وإن كان جهلها يكون الوطء محرماً شرطاً في استحقاق المهر؛ لأنه لا مهر لبغي، فلو تعددت الشبهة بالنسبة إلى الرجل وتحدثت بالنسبة إلى المرأة تعدد المهر لتعدد السبب.

وأما اكراه الرائي فإنه كالشبهة في حق المرأة، ولهذا يلحق بها الولد لو حملت منه، والمقتضي لوجوب المهر هو الوطء مع الاكراه. ولا ريب في تعدده إذا تعدد الوطء كذلك.

وقد سبق من المصنف في باب الغصب اشكال في التعدد بتعدد الوطء هنا، وجزم هنا بالتعدد وهو المفق به، ولو كانت الشبهة من طرف المرأة خاصة وجب المهر فإنها ليست بغياً وقد استولى منفعة البضع.

فإن كرر الوطء عاكاً وتحدثت لشبهة من طرف المرأة، أمكن القول بتعدد المهر بتعدد الوطء، كما إذا اكراهها على الزنا؛ لأن الوجوب في الموضعين بالاتلاف استيفاء منفعة البضع وذلك متعدد، وعبارة الكتاب خالية عن ذكر هذه المسألة.

قوله: (وإذا وجب الواحد بالوطء المتعدد اعتبر أرفع الأحوال).

إذا وطأ بشبهة واحدة كالعقد الفاسد وتكرر الوطء، فإن لم يختلف أحوال المرأة

ولو دخل ولم يسم شيئاً وقدم لها شيئاً، قيل: كان ذلك مهرها ولا شيء لها بعد الدخول، إلا أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره.

بالنسبة إلى مهر المثل، بأن اتفقت صفاتها عند كل وطء فلا بحث. وإن اختلفت وكانت في بعض أوقات لوطء أكمل من البعض الآخر، كما لو كانت صغيرة مهرولة جاهلة فقيرة مثلاً، ثم كبرت وسمت وعلمت وأيسرت. وبحو ذلك اعتبر مهر المثل بأرفع الأحوال؛ لأن لوطء الواقع في تلك الحالة لو انفرد لأوجب المهر الأعلى، فلا ينتقص بضعامة لوطء في غير ذلك الوقت له فيجعل وجوده كعدمه.

ولا يخفى أن المراد في عبارة الكتاب بـ (أرفع الأحوال) أرفع أحوال امرأة في أوقات اللوطء المتعدد.

قوله: (ولو دخل ولم يسم شيئاً وقدم لها شيئاً قيل: كان ذلك مهرها ولا شيء لها بعد الدخول، إلا أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره) إذا لم يسم الزوج مهراً في العقد ولا بعده قبل لدخول بأن تزوجها معوضة، ولم يعرض لها مهراً، ثم دخل بها بعد أن قدم لها شيئاً فقد ذهب أكثر الأصحاب كالشيخين<sup>(١)</sup>، وابن البراج<sup>(٢)</sup>، وابن ادرس<sup>(٣)</sup>، وسائر<sup>(٤)</sup> إلى أن ما قدمه هو المهر ولا شيء لها غيره، قليلاً كان أو كثيراً، لرواية أبي عبيدة عن الفصيل في الصحيح عن الباقر عليه السلام: في رجل تزوج امرأة فدخل بها وأولدها ثم مات عنها، فادعى شيئاً من صداقها على ورثة زوجها، فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث، فقال: «أما الميراث فلها أن تطلبه، وأما الصداق فإن اندي أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها

(١) المسقة ٧٨، النهاية ٤٧٠

(٢) المهذب ٢٠٢٢

(٣) اسرائر ٣٠٦

(٤) لمراصة ١٥٧

هو الذي حل للروح به مرحه، فبلا كان أو كثر، إذا هي قبضته منه وفيلت ودخلت عليه فلا شيء لها بعد ذلك»<sup>(١)</sup>

إلى هنا انتهى كلامه رحمه الله وقدر روحه، والحمد لله الذي يتم بهمه الصالحات، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين آمين



(١) الكافي ٢٨٥ ٥ حديث ١ انتهى ٣٥٩ ٧ حديث ١٤٥٩ الاستبصار ٢٢٢ ٣ حديث ٨٠٥.

## كتاب النكاح

### النكاح المنتقطع:

- ٧ بهان مشروعية النكاح المنتقطع
- ٩ ذكر لألعاظ التي ينعقد بها هذا النكاح
- ١٢ ما يشترط توفره في المتعاقدين
- ١٣ حرمة لعقد على الوثنية والناحية والأمة على الحرمة
- ١٥ اشتراط ادنى الصفة أو الحالة في العقد على بنت الأخ أو الأخت
- ١٦ كراهية التمتع بالراية
- ١٧ حكم التمتع بهكر لها أب مع عدم استثنائه
- ١٩ وجوب المهر وما يجب اشتراطه فيه
- ٢٢ وجوب دفع المهر بالعقد
- ٢٥ اشتراط الأجل، وتعيينه بما لا يحتمل الرياسة والنقصان

### أحكام النكاح المنتقطع:

- ٣١ لزوم ما يشترط في متن العقد إذا كان سائماً
- ٣٣ اشتراط الإتيان في وقت دون آخر، ومرة أو مرات
- ٣٣ جوار العزل فيه دون إذن الزوجة

- ٣٤ حكم الطلاق، والايلاء، واللعان، والظهار في المتمتع بها  
 ٣٧ لا قوارث بين الزوجين المتمتعين  
 ٤٠ وجوب العدة مع انقضاء المدة أو موت الزوج  
 ٤٤ ثبوت العقد المنقطع فيها لو أسلم المشرِك عن كتابته مما راد

### فروع:

- ٤٦ أ: عدم نقصان المهر بالمع من بعض الاستمتاع لعذر كالحيض  
 ٤٨ به: لو كان العقد على مدة متأخرة  
 ٤٩ ج: لو مات الزوج قبل المدة المقررة وكان العقد على مدة متأخرة

### نكاح الإماء:

#### النكاح بالعقد:

- ٥٠ ليس للسيد أن ينكح أمته بالعقد  
 ٥١ حالة العقد على مملوكة العبد بامن سيدها  
 ٥٢ عدم اشتراط اسلام الأمة في النكاح  
 ٥٣ حكم التزويج بالكتابة  
 ٥٤ بيان اشتراط عدم الطول وخوف العت في وطء الأمة  
 ٥٨ عدم جوار وطء الأمة لو كان الرجل مطلقاً ووجد حرة ترضى بالمؤجل  
 ٦٠ عدم جوار عقد النكاح بين العبد والأمة إلا برضى مالكيها  
 ٦١ احتساب مهر العبد وعتقه زوجته من السيد بعد اذنه  
 ٦٣ احتمال ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد  
 ٦٦ احتمال ثبوت النفقة في رقبته  
 ٧١ حكم الولد الحاصل من أبيين مملوكين أو أحدهما  
 ٧٥ لو تزوج الحر الأمة من غير إذن مالكيها  
 ٧٧ لو تزوج العبد الأمة من غير إذن مالكيها  
 ٧٨ لو كان الوطء جهلاً أو لشبهة

- ٧٩ لو ادعت الأمة الحرية فعقد عليها  
 ٨٣ لو تزوج العبد بغير مولاه وأحبلها  
 ٨٧ إذا ربا العبد بأمة غير مولاه وأحبلها  
 ٨٧ إذا روج السيد أمته من عبده  
 ٩١ لو تزوج العبد بمملوكة فأذن له مولاه في شرائها  
 ٩٦ إذا عقد الحر على أمة مملوكة مشركة بين اثنين ثم شترى حصة أحدها

#### مبطلات العقد على الإماء:

##### أولاً: العتق

- ١٠١ إذا أعتقت الأمة وكان زوجها عبداً  
 ١٠٤ إذا أعتقت الأمة وكان زوجها حراً  
 ١٠٥ إذا احتارت المعتقة العراق في موضع ثبوته  
 ١٠٦ لو أخرت المعتقة الفسخ لجهالة العتق  
 ١٠٨ لو اختارت المعتقة المقام  
 ١١٠ لو طلقت الأمة رجعيّاً ثم أعتقت وهي في العدة  
 ١١٢ لا خيار للأمة لو أعتق بعضها  
 ١١٣ لو أعتقت الأمة وزوجها بصف حر  
 ١١٥ إذا أعتق الزوج وكان تحت أمه  
 ١١٦ لو روج السيد عبداً لأمة ثم أعتقت أو أعتقا معاً  
 ١١٧ جو ر جعل عتق الأمة مهراً لها  
 ١٢٧ حكم جعل عتق بعض الأمة مهراً لها  
 ١٣١ إذا أعتق جاريته وجعل عتق بعضها مهراً  
 ١٣٢ حكم بيع أم الولد

##### ثانياً: البيع

- إذا بيع أحد الزوجين المملوكين تغير المشفري على الفور في امضاء  
 المقدم وفسخه.



- ١٤٣ لو باعها المالك الواحد على اثنين  
 ١٤٣ مهر الأمة لسيدها  
 ١٤٨ لو باع عبده للمشتري العسخ وعلى المولى نصف المهر لدمرة  
 ١٤٩ لو باع أمة وأدعى أن حملها منه فأبكر المشتري

### ثالثاً: الطلاق

- ١٥١ طلاق العبد بيده  
 ١٥٢ ليس للسيد اجبار عبده على الطلاق ولا العتق  
 ١٥٤ حكم الطلاق إذا كان المعبود ورجعته المالك واحد  
 ١٥٩ لو طلقت الأمة ثم بيعت

### النكاح بالملك

- ١٦٠ جواز وطء الإمام بملك اليمين  
 ١٦١ لو روج السيد أمة حرمت عليه حتى النظر إليها بشهوة  
 ١٦٤ ليس لمولى الأمة مسخ عقدها إذا كان زوجها حراً  
 ١٦٤ جواز الجمع بين البنت وأُمها، والأختين في الملك دون الوطء  
 ١٦٥ جواز تملك كل من الأب والبنت موطوءة الآخر دون وطئها  
 ١٦٥ عدم حلية الأمة المشتركة على الشريف إلا بأباحة صاحبه  
 ١٦٦ بيان حكم عدة الأمة لو فسخ المشتري نكاحها  
 ١٦٧ وجوب استبراء الأمة عند تملكها  
 ١٧١ عدم وجوب استبراء الأمة عند تملكها إذا كانت باتة أو حاملاً أو لامراًة  
 ١٧٦ جواز ابتياع فولت الأرواح من أهل الحرب وبناتهم  
 ١٧٨ جواز إباحة الأمة للغير، وبيان شروط ذلك  
 ١٨٢ بيان ألفاظ التحليل  
 ١٨٤ جواز توكيل الشريك شخصاً ثالثاً في إجراء الصيغة  
 ١٨٥ بيان أن إباحة الأمة عقد أو تملك منعمة

١٨٧	لو أهاج السيد أمته لعبه
١٩٠	جوار تحليل المدبرة وأم الولد دون المكاتبه
١٩١	حكم وطه الأمة المشتركة
١٩٢	لو أهاج الوطه حلت مقدمات الاستمتاع دون العكس
١٩٣	حكم وطه الأمة من دون ادن سيدها
١٩٤	حكم الولد الحاصل بتحليل وطه الأمة

#### مسائل متفرقة.

١٩٧	كرهية وطه الفاحرة والموبدة من الرنا، ولنوم بين حرتين
١٩٨	جوار سحدام السيد أمه المدروجة نهراً وتسلوهم إلى زوجها ليلاً
٢٠٣	حكم المهر فيما لو قتل سيد أمه المتزوجة قبل الدخول
٢٠٥	إذا عقد لشهادة اثنين لها بالحرية وأولدها، ثم بين وقها
٢٠٦	عدم اشتراط تعيين المدة في تحليل
٢٠٧	بيان حكم وطه دير الجارية المشتراة قبل استبرائها
	كراهة وطه قبل الحاربه الحامل المشتري قبل الوضع أو مضي أربعة
٢٠٨	أشهر وعشرة أيام
٢٠٩	وجوب استبراء الأمة مع تقايل المتبائعين
٢١٠	لو طلقت الأمة المحصول عتقها مهراً قبل الدخول
٢١٢	انفساخ العقد بملك كل من لزوجين صاحبه
٢١٦	حكم انفساخ العقد لو ملك المكاتب زوجة سيده

#### العيوب والتدليس

#### أصناف العيوب

٢١٨	بيان أن الحنون من العيوب المشتركة بين الزوج والزوجة
٢٢٣	العيوب المختصة بالرحل: الحب
٢٢٦	: الخشاء

٢٢٨

: العنة

٢٣٥

العيوب المختصة بالمرأة: الجذام

٢٣٦

: البرص

٢٣٧

: القرن

٢٣٩

: الافضاء

٢٣٩

: العنن

٢٤١

: المرج

٢٤٣

: الرق



### أحكام العيوب:

٢٤٩

فورية خيار الفسخ

٢٥١

حكم الفسخ بالعيب المتجدد بعد الوطء أو الحاصل بعد العقد وقبل الوطء

٢٥٣

عدم مانعة الوطء من الفسخ بالعيب السابق على العقد

٢٥٩

لزوم الزوج المهر لو كان العيب فيه وقد فسخت الزوجة

٢٦٠

حكم وطء المحصي

٢٦١

ثبوت قول منكر العيب مع يمينه وعدم البينة

٢٦١

ما تثبت به العنة

٢٦٣

تصديق الزوج لو ادعى الوطء قبلاً أو دُبراً أو وطأ غيرها بعد ثبوت العنة

٢٦٦

لروم العقد عند ثبوت العنة وصبر الزوجة

٢٦٨

بيان أن الجذام عيب مختص بالمرأة أم مشترك بينهما

٢٧٠

ما تثبت به العيوب

٢٧١

ثبوت الخيار للزوجين إذا كان بكل منهما عيب

٢٧٣

عدم سقوط ما يجب بالطلاق لو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب

٢٧٤

وجوب العنة عند فسخ أحدهما بعد الدخول

٢٧٧

ما تسقط به حكم العنة

٢٧٩

لو تزوج بأربع وطلقهن فشهدن عليه بالعنة

## التدليس:

- ٢٨٩ بيان ما يتحقق به التدليس
- ٢٨٨ اذا شرط العاقد حرية الزوجة فظهرت أمة
- ٢٩١ اذا لم يشترط العاقد الحرية بل تزوجها على أنها حرة فخرجت أمة
- ٢٩٤ ثبوت الخيار مع رقية بعض الزوجة
- ٢٩٥ لو تزوجته على أنه حر فبان عبداً
- ٢٩٦ لو تزوجها على أنها بنت ماهرة فبانت بنت أمة
- ٣٠٠ لو أدخل الأب بنته من الأمة على من زوجه بنت ماهرة
- ٣٠١ لو شرط البكارة فبانت ثيباً
- ٣٠٥ لو تزوجها على أنها مسلمة فظهرت كتابية
- ٣٠٧ لو أدخلت امرأة كل واحد من الزوجين على صاحبه فوطأهما على
- ٣١٥ ثبوت المسئى في كل وطء عن عقد صحيح

## فروع:

- ٣١٥ أ: لو شرط الاستيلاد فخرجت عقيماً
- ٣١٧ ب: كل شرط يشترطه في العقد يثبت له الخيار مع فقد
- ٣١٩ ج: لو تزوج العبد على أنها حرة فظهرت أمة
- ٣٢٤ د: لو غرته المكاتبة
- ٣٢٧ هـ: لا يرجع بالغرامة على الفار إلا بعد أن يفرم القيمة أو المهر للسيد
- ٣٢٩ و: حكم الفسخ لو انتسب الزوج إلى قبيلة فبان من غيرها

## أحكام المهر

### المهر الصحيح:

- ٣٣٣ ما يجب توفره في المهر الصحيح
- ٣٣٦ لو عقد النكاح على خمر أو خنزير ثم أسلم أحدهما

- ٣٣٧ لا تقدير للمهر قلة وكثرة
- ٣٤٠ عدم شرطية ذكر المهر في العقد
- ٣٤٢ صحة النكاح لو تزوج الرجل عدة نساء بمهر واحد
- ٣٤٣ لو تزوجها على خادماً أو بيتاً أو دار ولم يعين ولا وصف
- ٣٤٤ لو تزوجها على كتاب الله وسنة نبيه (ص)
- ٣٤٥ لو أصدقها تعليم سورة
- ٣٤٦ لو عقد الزوج مرتين على مهرين
- ٣٤٦ ضمان المهر في يد الزوج إلى أن يسلمه
- ٣٥٢ بيان أحكام تلف المهر
- ٣٥٣ للزوجة أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها حتى يقبض المهر
- ٣٥٨ حكم المهر فيما لو منعت الزوجة نفسها من الزوج
- ٣٦٣ وجوب كمال المهر بالوطء أو الموت تحت طائلة تركه علوم إسندي
- ٣٦٨ استحباب تقليل المهر وكراهية تجاوز مهر السنة

#### المهر الفاسد:

- ٣٧١ أسباب فساد المهر: عدم قبوله للملك
- ٣٨٠ : جهالة المهر
- ٣٨٧ : اشتراط ما يخل بمقصود النكاح
- ٤٠٠ : استلزام ثبوت نفي النكاح
- ٤٠٣ : أن يزوجه الولي بدون مهر مثلها
- ٤٠٧ : مخالفة أمر الزوجة في المهر

#### تفويض البضع

- ٤١٤ بيان تعريف التفويض
- ٤١٦ صحة التفويض في البائنة الرشيدة
- ٤١٧ حكم تزويج الولي مفوضه أو بدون مهر المثل

٤٥٧	فهرست الموضوعات
٤١٩	حكم تزويج السيد أخته مفوضة
٤٢٠	استحقاق المفوضة مهر المثل عند الوطء
٤٢١	لو مات أحد الزوجين قبل الدخول والطلاق والفرض
٤٢٢	لو تراضى الزوجان بعد العقد بالفرض
٤٢٣	اعتبار مهر المثل بحال المرأة في الجبال والشرف وعادة أهلها
٤٢٩	وجوب المتعة بحسب حال الزوج للمفوضة المطلقة قبل الدخول
٤٣١	عدم استحقاق المتعة إلا للمطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها
٤٣٣	للمفوضة المطالبة بفرض المهر قبل الوطء
٤٣٥	لو فرض المهر أجني ودفعه إليها
٤٣٨	بطلان الفرض لو لم ترضى المفوضة بما فرضه الزوج
٤٣٩	وجوب قبول فرض الزوج إذا كان بقدر مهر السنة أو أكثر
٤٤٠	وجوب مهر المثل فيها لو وطأ الزوج المفوضة بعد سنتين وقد ظهرت صفتها
٤٤١	تحقيق المهر للزوج القريب أو الشريف إذا كان من علاتهم ذلك
٤٤٢	جواز اثبات الأجل في المفروض والزيادة على مهر المثل
٤٤٣	لو أبرأت المفوضة الزوج قبل الوطء والفرض والطلاق من مهر المثل
٤٤٣	لو من المتعة
٤٤٤	عدم اعتبار مسامحة واحدة من الصغيرة
٤٤٥	اعتبار مهر المثل يوم الوطء في النكاح الفاسد
٤٤٧	لو دخل الزوج ولم يسم لها شيئاً وقدم لها شيئاً
٤٤٩	فهرس الموضوعات